Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Acht und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1826.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Fortsetzung des Titels

De actione rerum amotarum.

§. 1284. b.

Daseyn einer gültigen Ehe. Prüfung der Faberischen Conjectur über *L.* 17. *h. t.*

Aus allem, was bisher von den Bedingungen der actio rerum amotarum gesagt worden ist, erlediget sich von selbst die letzte wesentliche Bedingung dieser Klage, nämlich das Daseyn einer gültigen Ehe [1]. Bestand also keine wahre und gesetzmäßige Ehe zwischen denjenigen, unter welchen eine Entwendung vorgefallen ist; so fällt die actio rerum amotarum weg, weil hier kein divortium im rechtlichen Sinne denkbar ist. Hier findet also ohne alles Bedenken die bey dem Diebstahl gestattete Rechtsverfolgung Statt, wie Ulpian *libro* XXX. *ad Edictum.* lehrt.

L. 17. *D. h. t.* Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, *ut* FURTI *teneatur*: consequenter

1) S. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 3. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Igitur actio. pag. 530. *B.* VOORDA Thes. controv. Decad. IV. Th. 1. und POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. IV. pag. 77.

dicemus, *ubicumque cessat matrimonium*, utputa in ea, quae tutori suo nupsit [2]), vel contra mandata convenit [3]), vel sicubi alibi cesset matrimonium, *cessare rerum amotarum actionem*: QUIA COMPETIT DIVORTII CAUSA.

Der Grund, den hier Ulpian für die Praxis des hier aufgestellten Satzes anführt, scheint dem Anton Faber [4]) ganz unpassend zu seyn. Denn so wahr es auch ist, daß die actio rerum amotarum eine Entwendung divortii causa voraussetzt, so wenig könne man doch sagen, eam competere *divortii causa.* Er will daher die Worte: *divortii causa*, trennen, und, als hierher nicht gehörig, zum folgenden §. 1. ziehen, wo Ulpian habe erklären wollen, was man res *divortii causa* amotae nenne. Der ganze Zusammenhang mache es daher nothwendig, daß man den §. 1. so lesen müsse: *Divortii causa res amotas dicimus* etc. Die Worte: *quia competat*, hätten nun zwar freylich keinen Sinn, wenn man sie mit den unmittelbar vorhergehenden Worten in Verbindung setzt: cessare rerum amotarum actionem, quia

2) *L.* 59. *D. de ritu nupt.*

3) *L.* 57. *pr.* *L.* 63. *D. eodem.* CUJACIUS ad *Ulpianum* Tit. IX. Not. 1. meint, es habe bey Ulpian geheissen: *in manum convenit*, die ersten Worte aber habe Tribonian weggelassen. Allein schon *Ant.* SCHULTING in Jurisprud. Antejust. ad h. loc. Not. 2. pag. 591. hat dagegen sehr richtig bemerkt, daß die Eheverbote auf keine gewisse Art der Ehe beschränkt gewesen sind. Man vergleiche auch *Jo.* SUAREZ *De* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib. II. Cap. III. Sect. 3. nr. 13. et 14. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 125.)

4) Cit. loc.

competit. Läßt sich ein größerer Unsinn denken? Allein es falle ja in die Augen, daß hier die Lesart fehlerhaft sey. Dieser Fehler sey indessen leicht zu verbessern, wenn man das hier weggelassene Wort *furti* restituire, wofern man nicht vielleicht lieber die Worte: quia competit, als verba irreptitia, et ab imperito interprete addita, ganz wegstreichen wolle.

Nun ist zwar diese Conjectur von vielen getadelt, und fast von allen [5]) verworfen worden. Es hat auch wohl keinen Zweifel, daß wenn man die gemeine Lesart, mit welcher auch die florentinische übereinstimmt, beybehält, die Worte: quia competit divortii causa, keine Ungereimtheit enthalten, indem sie wohl keinen andern Sinn haben sollen, als den, daß die actio rerum amotarum ein divortium wesentlich voraussetze. Denn sie erfordert nicht nur, daß die Entwendung divortii causa geschehen, sondern auch das divortium wirklich erfolgt seyn müsse. Sagt nicht in dieser Beziehung Ulpian auch an einem andern Orte [6]): Rerum amotarum actionem non solere *nisi ex divortio* oriri? Man kann zugeben, die Worte: *divortii causa* seyen nicht füglich von den Anfangsworten des §. 1. *Res amotas* dicimus zu trennen, weil Ulpian daselbst, wie der ganze Zusammenhang lehrt, nicht blos erklären wollte, was res amotae sind, sondern wenn man sagen könne: res *divortii causa* amo-

5) Man sehe Bachov Adversus *Ant. Fabrum.* Dec. LXXIX. Err. 3. *Franc.* Ramos *Del* Manzano Praelect. ad L. 25. D. h. t. §. 6. (in *Thes. Meerman.* Tom. VII. pag. 208.) und *Ant.* Schulting Notae ad Digesta seu Pandectas, edit. et animadvers. auctae a *Nic.* Smallenburg. Tom. IV. ad h. L. 17. pag. 364.

6) *L. ult.* §. 2. *D. de divort.*

tas esse. Allein daraus folgt noch nicht, daß sie deswegen von den letzten Worten des Princips zu trennen, und daher eine Emendation der Worte: quia competit, nothwendig sey. Wie wenn man die Worte: *divortii causa*, mit Hülfe einer Gemination läse, so daß sie zu beyden Perioden gehören? Das kritische Messer könnte also hier ganz bey Seite gelegt werden, und Manzano 7) hätte alsdann auch gewiß nicht Unrecht, wenn er sagt: vellem uteretur causatius critica spongia magnus hic in iure civili novator.

Dem allen ungeachtet, hätte man doch nicht so voreilig über Fabers Conjectur den Stab brechen sollen, da für sie in den Scholien der Basiliken eine mächtige Stütze sich findet, welches von allen Auslegern hier übersehen ist. In den Scholien der Basiliken 8), von deren hohen Werth ich schon bey mehreren Gelegenheiten gesprochen habe, findet sich eine wörtliche Uebersetzung unserer L. 17. welche folgendermassen lautet:

Ἐὰν παλλακὴ ὑποκλέψῃ πράγματα ᾧ τινι παλλακεύεται, τῇ φούρτι κατέχεται. καθολικῶς γὰρ, ὅπου γάμος μὴ συνίσταται κατὰ νόμον, ἐκεῖ ἡ φούρτι κατὰ τῆς γυναικὸς ἁρμόζει. ὅθεν ἐὰν τῷ ἰδίῳ ἐπιτρόπῳ γαμηθῇ ἡ γυνὴ, ἢ τῷ ἄρχοντι τῆς ἐπαρχίας ἡ οὖσα ἐξ αὐτῆς τῆς ἐπαρχίας παρὰ τὸν νόμον γαμηθείη, ἢ ὁπωσδήποτε μὴ συνέστηκε κατὰ νόμον ὁ γάμος, ἀρκεῖ κατὰ τῆς γυναικὸς ἡ ῥέρουμ ἀμοτὰρουμ, ἐπειδὰν ἡ φούρτι ἁρμόζει. i. e. *Si concubina furtum ei, cuius concubina est, fecerit, furti tenetur. Generaliter enim, ubicumque legitimum non*

7) Cit. loc.

8) Tom. IV. *Basilic.* pag. 435. Sch. z.

contrahitur matrimonium, illic competit furti actio adversus mulierem. Unde si tutori suo mulier nupserit, vel praesidi provinciae, quae ex eadem provincia erat, contra leges nupserit, vel quomodocumque non iure constiterit matrimonium, cessat adversus mulierem actio rerum amotarum, QUIA FURTI COMPETIT.

Die Worte: *divortii causa* sind nun auch in den Basiliken 9) mit dem §. 1. der L. 17. verbunden. Dieser §. lautet nämlich in den Basiliken so:

Διαζυγίου αἰτίᾳ λέγομεν ὑφαιρεθῆναι, οὐ μόνον ὅπερ ἡ γυνὴ κλέψει λογισμὸν ἐσχηκυῖα διαζυγίου, ἀλλὰ καὶ ὅπερ ἔκλεψε γεγαμημένη, ἐὰν ἔκρυψεν αὐτὸ ἐν τῷ ὑπαναχωρεῖν. i. e. DIVORTII CAUSA *dicimus res amotas, non solum quas mulier subripuit, cum de divortio cogitaret: sed etiam quas nupta subripuit, si, cum discederet, eas celaverit.*

§. 1284. c.

Wem steht die Klage zu?, Erläuterung der *L.* 16. und *L.* 6. *D. h. t.*

Die Klage steht nicht nur dem bestohlnen Ehegatten zu, es sey der Mann oder die Frau, sondern auch den Erben.

L. 11. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXIII. ad Edictum.* MARCELLUS *libro octavo Digestorum* scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit 10), et res amoverunt, *rerum amotarum* teneri.

9) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 17. §. 1. pag. 426

10) Mit der Redensart *domo expellere* wird das divortium bezeichnet. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §.

L. 7. D. eodem. Ulpianus *libro XXXVI. ad Sabinum.* Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum: et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.

L. 6. §. 3. D. eodem. Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Si post divortium maritus decesserit, heres eius rerum amotarum iudicio uti potest.

L. 21. §. 5. D. eodem. Paulus *libro XXXVII. ad Edictum.* Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. — *Praeterea et* heredibus *competit.*

Auch andern, welche nach erfolgter Ehescheidung in die Rechte des bestohlnen Ehegatten eintreten, z. B. dem Fiscus, der das Vermögen des Mannes wegen eines von demselben begangenen Verbrechens eingezogen hat, wenn sich die Frau noch vor der Verurtheilung ihres Mannes von ihm getrennt hatte, wird die actio rerum amotarum gestattet, welche jedoch nur auf das Einfache geht, während Andere, die sich an diesem Vermögen vergriffen haben, auf das Vierfache verurtheilt werden können.

L. 16. D. h. t. Hermogenianus *Lib. II. Juris Epitomarum.* Ad fiscum mariti bonis devolutis, uxor *rerum amotarum nomine* in simplum convenitur: quamvis alii in quadruplum [11]) condemnentur.

Promittitur. pag. 532. Bey den Griechen wurde von dem Manne der Ausdruck ἀποπέμπειν, von der Frau aber der Ausdruck ἀποχωρεῖν gebraucht. S. *Sam.* Petitus ad Leges Atticas. Lib. VI. Tit. 3. (in *Jurispr. Rom. et Attica* Tom. III. pag. 558.)

Steht der Mann noch unter väterlicher Gewalt, und die Frau hat entweder ihren Schwiegervater bestohlen, oder

11) Ruſſard erklärt dieses quadruplum vom furto manifesto, und fügt die Worte vel in duplum hinzu, wegen des furti nec manifesti. Ihm stimmt auch Noodt in Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro ait*, pag. 532. bey. Allein *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. Comment. Tom. I. ad L. 16. h. t. §. 4. pag. 532. hält diesen Zusatz für unnöthig, weil Hermogenian nicht schlechterdings behaupte, daß Andere zum Vierfachen verurtheilt würden, sondern nur sage: *quamvis alii in quadruplam condemnentur.* Er habe also dadurch nur anzeigen wollen, die Frau könne actione rerum amotarum nie über das Einfache belangt werden, wenn auch der Fiscus gegen sie klagen sollte. Hierin sey sie von Andern sehr unterschieden, welche auch wohl auf das Vierfache verurtheilt werden könnten. Er habe also hier nur die höchste Strafe genennt, welche eintreten könnte, nämlich wenn das furtum manifestum ist, nicht aber darum, als ob der Fiscus auch wegen des furti nec manifesti auf das quadruplum klagen könne, wenn nicht fiscalische Gelder, sondern blos Sachen einer Privatperson entwendet worden sind, in dessen Rechte der Fiscus getreten ist. Die griechischen Scholiasten in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 434. sq. scheinen hier nicht mit einander übereinzustimmen. Cyrillus Sch. u. und die Innominati Sch. y. erklären die *L.* 16. so, als ob der Fiscus von Andern, ob subrepta bona publicata, allemal das Vierfache fordern könne, während die Frau mit der actio rerum amotarum nur auf das Einfache zu belangen sey. Sie führen den Grund an: *Οἱ γὰρ τὸν φίσκον περιγράφοντες, εἰς τὸ τετραπλοῦν καταδικάζονται,* i. e. *Qui enim fisco fraudem fecerunt, condemnantur in quadruplum*, und berufen sich auf *L.* 46. §. *ult. XLIX.* 14.

Sachen, die zu dem Peculium ihres Mannes, oder auch zur dos, die dem Manne eingehändiget worden ist, gehören, divortii causa entwendet, so kommt auch dem Schwiegervater die actio rerum amotarum gegen die Schwiegertochter zu, weil er sich der actio furti gegen die Schwiegertochter so wenig, als der Mann gegen die Frau, bedienen kann, wie folgende Stelle beweist.

L. 6. *D. h. t.* PAULUS *libro VII. ad Sabinum.* Contra NURUM quoque SOCERO hoc iudicium dandum, ATILICINUS et FULCINIUS aiunt. §. 1. Quotiens FILIOFAMILIAS dos data est, SOCERUM ob res *divortii causa* amotas, *furti agere* non posse.

Gerhard Noodt [12]) bemerkt bey dieser Stelle sehr richtig, daß die *L.* 6. *pr.* in Verbindung mit dem §. 1. zu erklären sey. Denn die Worte: *Quotiens filiofamilias dos data est*, geben den Fall an, in welchem dem Schwiegervater die actio rerum amotarum zusteht, so wie die letzten Worte den Grund enthalten. Um die-

D. de iure fisci. Allein gleich nachher wird τοῦ Εναντιοφανοῦς bemerkt: Ἐνταῦθα μὲν ἀπροσδιορίστως εἰς τὸ τετραπλοῦν ὥρισεν ἐνάγεσθαι. ἐν δὲ τῷ α'. τιτ. τῆς δ'. Ἰνστιτουτίονος μετὰ προσδιορισμοῦ τὸν φανερὸν κλέπτην, εἰς τὸ τετραπλοῦν, τὸν τὲ ἀφανῆ εἰς τὸ διπλοῦν κατεδίκασεν, ὅπερ δεῖ καὶ ἐνταῦθα οὕτως νοεῖν. i. e. *Hic quidem indistincte definit in quadruplum condemnari. In primo autem titulo IV. Institutionum cum distinctione, manifestum quidem furem in quadruplum, nec manifestum autem in duplum condemnari, quod heic etiam intelligendum est.* Dies bestärkt nun die Erklärung der neuern Rechtsgelehrten.

12) Comment. ad Dig. h. t. §. *Igitur actio* in fin. pag. 530.

ser genauen Verbindung willen, meint daher Anton Faber [13]), müsse gelesen werden: *quoties* ENIM, oder NAM *quoties filiofamilias dos data est.* Die Basiliken [14]) haben jedoch nichts geändert, sondern stimmen hier mit den Pandecten vollkommen überein. Faber bemerkt auch selbst, daß die Röm. Juristen den Grund ihrer Meinung öfters, non expressa rationis figura, auszudrücken pflegen [15]). Anton Schulting [16]) meint, der Schwierigkeit könne vielleicht durch eine Interpunction abgeholfen werden. Er macht nämlich nach dem Worte dandum ein Punctum, und liest: *Atilicinus* et *Fulcinius* aiunt, quotiens filiofamilias etc. Der Grund der Entscheidung beruht übrigens nicht darin, weil Vater und Sohn, wegen des Bandes der väterlichen Gewalt, nach dem Civilrecht für eine Person gehalten werden, und zwischen solchen Personen keine actio furti statt findet, wie Noodt mit Verweisung auf den §. 12. *J. de obligat. quae ex delicto nascunt.* meint; sondern der wahre Grund, warum sich der Schwiegervater hier gegen die Schwiegertochter, ob res divortii causa amotas, der actio furti nicht bedienen kann, ist der, weil er nicht in seinem, sondern im Namen seines Sohnes klagt [17]). Der Sohn würde

13) De Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVIII. Err. 10.

14) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 6. pag. 424.

15) Z. B. *L.* 18. *D. ad SCtum Trebell.*

16) Notae ad Dig. seu Pand. edit. et animadversion. auct. a SMALLENBURG. Tom. IV. ad L. 6. h. t. pag. 362.

17) Diesen Grund führt auch der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 432. Sch. h. an, wo er sagt: *νόει δὲ ὅτι οὐ κινεῖ σοῦο νόμινε, ἐπειδὰν τὰς τῶν ὑπεξουσίων ἀγωγὰς οἱ πατέρες κινοῦσι.* i. e. *Sic autem accipe, ut* SUO NOMINE *non agat, quia parentes actio-*

aber, wenn er sui iuris wäre, die actio furti gegen seine Frau nicht anstellen können. Der Schwiegervater muß also die actio rerum amotarum gebrauchen, die dem Ehemanne gegen die Frau zusteht. Denn ist die dos dem Manne übergeben worden, der noch in väterlicher Gewalt ist, so hat der Vater das periculum dotis; gegen diesen kann daher auch de dote restituenda geklagt werden, wenn dem Sohne auch non iussu patris die dos in die Hände wäre gegeben worden, wie Ulpian[18]) lehrt. Nicht der Sohn, sondern der Vater allein erwirbt also die Klage, welche dem Sohne zustehen würde, wenn er sui iuris wäre[19]). Er stellt sie aber im Namen des Sohnes an[20]).

War der Mann zu der Zeit, als ihn die Frau heyrathete, schon von der väterlichen Gewalt befreit, so hat es keinen Zweifel, daß wenn die Schwiegertochter ihren Schwiegervater bestiehlt, letzter gegen sie mit der actio furti im eigenen Namen klagen könne, wie Ulpian *libro XXXIV. ad Edictum* lehrt. Die daraus genommene *L.* 15. *§.* 1. *D. h. t.* lautet folgendermassen:

Uxor, et nurus, et pronurus, viro, et socero, et prosocero furtum facere possunt: furti autem non tenentur: *nisi forte emancipatus sit filius*: tunc enim nurus patri eius et furtum facit, *et* FURTI *tenetur.*

Sonst steht die Klage keinem Extraneus zu. Hat

nes liberis, quos in potestate habent, competentes movent.

18) *L.* 22. *§.* 12. *D. Soluto matrim.*

19) *L.* 27. *pr. D. de minorib. XXV. ann.*

20) *L.* 8. §. 3. *C. de bonis, quae liberis.*

also die Frau eine Sache des Mannes demjenigen entwendet, welchem sie der Mann geliehen hatte, und dieser mit der actio commodati belangt worden ist; so kann derselbe gegen die Frau die actio furti anstellen, wenn sich gleich der Mann dieser Klage gegen die Frau nicht bedienen kann. Hierher gehört die *L.* 28. *D. h. t.* welche aus Paulus *libro VI. Quaestionum* genommen ist.

Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverat, subripuerit, isque conventus sit; habebit *furti actionem* [21]), quamvis vir habere non possit.

Justinian hat dieses in der *L. ult. §. ult. Cod. de furtis* nicht abgeändert, wie Franz Balduin [22]) dafür hält. Denn in beyden Gesetzen ist von ganz verschiedenen Fällen die Rede, deren Entscheidung auf ganz verschiedenen Gründen beruht [23]).

§. 1284. d.

Gegen Wen findet die actio rerum amotarum statt? In wiefern gegen die Erben? In wiefern noch gegen andere? Erläuterung der *L.* 3. § 4. *D. h. t.*

Die actio rerum amotarum findet nicht nur gegen den Ehegatten statt, welcher entwendet hat, er sey die

21) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 28. pag. 429. heißt es: τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν εἰς τὸ διπλοῦν.

22) Justinianus. §. *Ut Justiniani constitutionem.* pag. m. 144. (in *Jurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 1096.)

23) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. VI. Quaestion. Pauli, ad L. 28. h. t. (*Oper postumor.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 1091. in fin.) u. *Franc.* Raguelli Commentar. ad Constitutiones et Decisiones Justiniani. Lib. VI. ad §. ult. L. ult. Cod. de furtis. pag. 400. in fin.

Frau, oder der Mann, sondern auch gegen die Erben [24]. So wenig dieß an sich einigem Zweifel unterworfen ist, so sehr streitet man darüber, in wiefern die Klage gegen die Erben statt finde? Einige [25]) sagen, die actio rerum amotarum habe die Natur der condictio furtiva, und finde also, wie diese, gegen die Erben in solidum statt, sie mögen aus dem Delict reicher geworden seyn, oder nicht. Andere [26]) hingegen lassen die Klage

24) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Eadem ratione.* pag. 533.

25) *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. IV. cap. 1. *Casp.* Schifordegher ad Anton. Fabrum. Lib. I. Tract. X. Qu. 2. et 3. pag. 69 — 73. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. in fin. *Jo. Ortwin.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22. (in eius *operib. iurid.* a Jungio edit. Tom. II. pag. 399.) *Ferd. Christ.* Müller Diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis, adversus heredes delinquentis in solidum competentibus, praes. *Ge. Henr.* Ayrero def. *Goettingae* 1752. 4. §. 22 — 25. *Jo. Lud.* Conradi Jus civile e Digestis Imp. Justiniani. h. t. §. 17. *Gall. Aloys.* Kleinschrod Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceb.* 1798. 4.) §. 12. pag. 30. Albr. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 702. a. E. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 62. u. a. m.

26) *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXI. libri V. Rerum amotar. circa fin. It. Comment. in libr. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. h. t. (*Oper. postum.* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 305.) und Observation. Lib. VII. Cap. 37. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior et celebrior Legg. Cod. Lib. V. ad L. ult. rerum amotar. nr. 4. pag. 457. *Ant.* Faber de erroribus Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 1. (wo er

gegen die Erben nur insoweit zu, als sie durch das, was entwendet worden, bereichert sind. Beyde Theile berufen sich auf Gesetze. Jene auf die *L.* 6. §. 4. *D. h. t.* wo Paulus (*libro VII. ad Sabinum*) sagt:

Item *heres mulieris* ex hac causa tenebitur, sicut *condictionis nomine ex causa furtiva.*

Was hätte Paulus für einen Grund, die actio rerum amotarum mit der condictio furtiva zu vergleichen, wenn es nicht in der Beziehung geschehe, in welcher Ulpian *L.* 9. *D. de condict. furtiva* sagt:

In condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed *in solidum* tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur?

Paulus bestätige dieses noch mehr an einem andern

seine frühere Meinung zurückgenommen, und die entgegengesetzte Meinung vertheidiget.) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *An et heres eius?* (*Opp.* Tom. II. pag. 533.) *Petr.* Duirsema Conjectural. iuris civ. (*Groeningae* 1714. 8.) Lib. I. cap. 8. pag. 131. sqq. *Reinh.* Bachovius Echt Tract. de Actionib. Disp. V. Th. 8. pag. 173. sqq. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XLIX. Th. 5. pag. 510. *Ulr.* Huber Praelect. iur. civ. sec. Institution. Justin. Lib. IV. Tit. 1. §. 17. et sec. Pand. h. t. §. 4. *Sam. de.* Cocceji iuris civ. controv. P. II. h. t. Qu. unic. pag. 206. *Christfr.* Waechtler Opusc. iurid. philolog. pag. 584. sq. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIV. pag. 79. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 500. *Christ. Aug.* Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 443. Thibaut System des Pand-Rechts 1. B. §. 466. u. a. m.

Orte, *libro XXXVII. ad Edictum*, woraus die *L.* 21. *D. h. t.* genommen ist, deren *§.* 5. also lautet:

Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet: et ideo non anno finitur, *sicut et condictio furtiva.*

Klagen aus Delicten, die nicht blos persecutorisch sind, und nach einem Jahre erlöschen, hätten ja ohnehin schon gegen die Erben statt, soweit sie bereichert sind. Die Vergleichung wäre also ohne allen Zweck. Von der Gegenparthey wird sich auf die *L. ult. Cod. h. t.* berufen, wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgendermassen rescribiren.

De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione *contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit:* quod si res extent, dominii vindicatione uti non prohiberis [27]).

Diejenigen, welche die erste Meinung vertheidigen, suchen nun den Zweifel aus der ihnen entgegenstehenden *L. ult. Cod. h. t.* auf folgende Art zu heben. Sie sagen, das Gesetz sey ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Rescripte seyen Entscheidungen über einzelne den Kaisern vorgelegte Rechtsfälle, deren besondere Umstände uns oft nicht bekannt sind. Sie müßten also im Zweifel immer den Regeln des gemeinen Rechts gemäß erklärt werden. Nach diesen könne man nun die *L. ult. C. Rer. amot.* auf zweyerley Art erklären. Erstens so, daß wenn der Erben mehrere sind, nicht jeder auf das

27) Die Elzevirischen Ausgaben, Amsterdam 1663. und 1681. 8. lesen unrichtig, dominii vindicatione *uti prohiberis.*

Ganze, sondern nur nach dem Verhältniß des Antheils, den er von der Erbschaft erhalten hat, belangt werden könne, so wie es bey der condictio furtiva ist [28]. Zweytens so, daß wenn man auch die *L. ult.* von einer Bereicherung der Erben aus dem Delict ihres Erblassers verstehen will, der Sinn dahin gehe, daß ein jeder der Erben nur für das hafte, was von den rebus amotis auf ihn gekommen ist. Nach dieser Erklärung könne denn ein Erbe, der in Rücksicht der Erbschaft nur heres ex parte ist, doch zuweilen auf das Ganze belangt werden, wenn er das Entwendete allein in Händen hat. Dahingegen könne die L. ult. auf keine Weise so verstanden werden, als ob die Erben weiter nicht haften dürften, als in so weit sie aus dem Delict bereichert sind, und folglich in dem Falle gar nicht belangt werden könnten, wenn aus dem Delict nichts auf sie gekommen ist. Denn darüber bestimme die *L. ult.* nichts, sondern sie entscheide nur darüber, wie diese Klage gegen die Erben anzustellen sey. Sie setze also den Fall voraus, daß mehrere Erben vorhanden sind. Diese sind nun entweder bereichert, oder nicht. Im ersten Falle hafte jeder für den Theil, den er von den entwendeten Sachen erhalten habe. In dem letzten aber hafte jeder nach dem Verhältniß seines Erbtheils. Sollte jedoch keine von beyden Erklärungen gefallen, so wird noch eine dritte in Vorschlag gebracht [29]. Das Gesetz spricht von successoribus uxoris. Nun sey aber keine Nothwendigkeit vorhanden, daß man darunter gerade die Erben der Frau verstehe. Es können ja auch andere Successoren seyn. Man denke sich den Va-

28) *L. 9. D. de condict. furt.*

29) S. Müller Diss. cit. praes. *Ayrero* def. §. 25. pag. 38. Glücks Erläut. d. Pand. 28. Th.

ter bey der dos profectitia, oder einen Dritten, dem die dos vermöge Vertrags ist restituirt worden. Auf diese Art stehe wieder die *L. ult.* mit der *L.* 3. §. *ult. D. h. t.* so wie mit der *L.* 9. *D. de condict. furt.* im schönsten Einklange.

Diejenigen hingegen, welche die andere Meinung behaupten, antworten auf die für die erste angeführten Gesetze auf sehr verschiedene Art. Cujaz glaubt, auch die condictio furtiva gehe nicht gegen den Erben auf das Ganze, sondern nur darauf, was er vom furtum erhalten hat, und die *L.* 9. *D. de cond. furt.* sey blos von dem Falle zu verstehen, si lis cum fure contestata fuerit. Allein diese Meinung ist offenbar ungegründet, und widerstreitet der *L.* 7. §. 1. *D. de condict. furtiva.* Es ist auch davon, ob die condictio furtiva schon angestellt, oder noch anzustellen sey, gar keine Rede. Mit Recht ist daher diese Meinung von allen [30]) verworfen worden. Andere sagen, es sey zwar nicht zu läugnen, daß die actio rerum amotarum und die condictio furtiva in vielen Stücken einander ähnlich seyen; daher die Vergleichung beyder Klagen. Aber gerade darin seyen beyde unterschieden, daß die condictio furtiva gegen die Erben in solidum, die actio rerum amotarum aber gegen dieselben nur in so weit statt finde, als sie bereichert sind. Der Grund dieses Unterschiedes sey, weil man es für sachgemäß gehalten, propter honorem matrimonii, licet iam soluti, gegen die Erben des Ehegatten gelinder, als gegen die Erben des Diebes, zu verfahren.

30) S. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 5. 8. 9. et 10. Bachov Tr. de Actionib. Diss. IV. Th. 21. und Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. Rer. amotar. pag. 455. sqq.

Die Regel, daß die actiones ex delicto rei persecutoriae gegen die Erben des Delinquenten auf das Ganze gehen, sey auch nicht allgemein wahr. Man denke an die actio in factum de alienatione iudicii mutandi causa facta [31]. Ueberdem habe Paulus in der *L.* 6. §. 4. *h. t.* der condictio furtiva nur im Vorbeygehen gedacht, als er den Satz aufstellte, daß auch der Erbe der Frau mit der actio rerum amotarum belangt werden könne, ohne die Absicht gehabt zu haben, dieses genauer aus einander zu setzen. Die *L. ult. C. h. t.* sey also die entscheidende Stelle. Der wahre Grund sey, welchen Paulus in der *L.* 21. §. 5. *D. h. t.* anführt, nämlich der, quod actio rerum amotarum *ex delicto* nascatur, pendet enim, wie er §. 6. sagt, *ex furto*. Es hätten also die Kaiser Diocletian und Maximian ganz dem Grundsatz gemäß rescribirt, den sie selbst in der *L. un. C. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur* als einen Grundsatz ausgesprochen haben, welcher iuris absolutissimi sey, nämlich successores ex delicto defuncti non in solidum, sed *in quantum ad eos pervenit*, conveniri, ne alieno scelere ditentur. Die Worte: *vel aliquid deliquit*, in diesem Gesetz, so wie die ganz allgemeine Fassung desselben, widerlegten auch den Irrthum derjenigen hinlänglich, welche dieses Gesetz bloß auf Pönalklagen einschränkten [32]. Der Grund, den Faber [33] anführt, warum die actio rerum amotarum gegen die Erben nicht auf das Ganze

31) *L.* 4. §. 6. *L.* 5. *L.* 6. *et L.* 7. *D. de alienat. iud. mut. causa facta.*

32) S. Bachovii Tract. de actionib. Disp. V. Th. 4.

33) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 1. und Decad. XCII. Err. 8.

gehe, nämlich, weil diese Klage eine actio arbitraria sey, ist mit Recht verworfen worden [34].

Dieß ist der gegenwärtige Stand der vorliegenden Streitfrage. Ich habe mich in einem der früheren Bände dieses Commentars [35]) zwar für die erste Meinung erklärt, ich sehe aber nun bey reiflicherem Nachdenken lebhaft ein, daß keine einzige der Erklärungen haltbar ist, womit man bisher die ihr entgegenstehende *L. ult. C. h. t.* zu beseitigen gesucht hat. Denn die erste Erklärung, daß die Erben des verstorbenen Ehegatten für das Entwendete nicht ganz, sondern nur nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile haften dürften, streitet gegen allen juristischen Sprachgebrauch. Gerade dann, wenn die Gesetze bey Erben das in Solidum dem quantum ad eos pervenit, entgegensetzen, ist von einem Verhältniß ihrer Erbtheile kein Gedanke. Im Gegentheil heißt gerade das in solidum bey der Verpflichtung der Erben, als Erben, soviel, als unusquisque pro ea parte tenetur, qua heres est, wie Ulpian *L. 157. §. 2. D. de div. Regulis iuris* lehrt. Er unterscheidet davon ausdrücklich das *tantum in id, quod pervenit*, und bezieht dieses blos auf die Verpflichtung der Erben ex delicto defuncti. So geschieht dieses durchgehends [36]). Selbst in der *L. 9. D. de condict. furt.* wird die Verpflichtung pro parte, quae pervenit ad heredes, von der pro ea parte, qua

34) Bachov. Tract. cit. Diss. V. Th. 8.

35) S. den 13. Th. §. 839. S. 233.

36) S. *L. 5. D. de calumniator. L. 17. 18. 19. et 20. D. Quod metus causa. L. 26. D. de dolo malo. L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. pr. et §. ult. L. 9. D. de vi et vi armata. L. 7. §. 1. D. Depositi. L. 38. D. de div. Reg. iuris.*

quisque heres est, genau unterschieden. Das *in quantum ad eos*, sc. successores, *pervenit* kann also in der *L. ult. C. rer. amotar.* keinen andern Sinn haben, als den, soweit die Erben des verstorbenen Ehegatten durch das von ihm Entwendete bereichert sind. So erklärt auch Gajus [37]) das in quantum ad heredem pervenit; id est, sagt er, *quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.* Und daß auch in unserm Gesetz die Worte: *in quantum ad eos pervenit*, hier keine andere Bedeutung haben, bestärkt noch mehr der griechische Scholiast [38]), wenn er sagt:

Εγνως καὶ ἄλλας πολλὰς ἀγωγὰς, ἐξ ὧν οἱ κληρονόμοι εἰς ὅσον ἐκέρδανον μόνον ἐνάγονται. i. e. *Didicisti etiam plerasque alias actiones, quibus heredes conveniuntur in id tantum, quod lucrifecerunt.*

So stimmt denn auch alles mit der *L. un. Cod. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur* vollkommen zusammen.

Die andere Erklärung der *L. ult. C. h. t.* anlangend, nach welcher in dem Falle, da der Erben des verstorbenen Ehegatten mehrere, und diese durch die Entwendung ihres Erblassers bereichert sind, nicht einer auf das Ganze allein, sondern jeder nur auf den Antheil solle belangt werden können, den er von den entwendeten Sachen erhalten hat, damit nicht ein Erbe weiter hafte, als soweit er bereichert ist; so lassen sich freylich für diese Erklärung Gesetze anführen, in welchen gesagt wird, daß mehrere

37) *L.* 26. *D. de dolo malo.* S. Brissonius de Verbor. iuris Significat. Verb. *Pervenire.* pag. 1052.

38) *Basilic.* Tom. IV. pag. 441. Schol. e.

Erben, welche durch die unerlaubte Handlung ihres Erblassers bereichert sind, nicht weiter belangt werden können, als soweit jeder derselben etwas davon erhalten, und in Händen hat. Denn so sagt z. B. Ulpian *L.* 1. §. *ult. D. de vi et vi armata*, die ex causa Interdicti de vi gegen die Erben gestattete actio in factum gehe zwar nur auf dasjenige, quod ad eos pervenit; dieses sey aber, sagt Paulus *L.* 9. *D. eodem* so zu verstehen, ut, si plures heredes sunt, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenit, teneatur. Qua de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit. Allein wäre dieses die Meinung der Kaiser in der *L. ult. C. h. t.* gewesen; so hätten sie sich wohl deutlicher ausgedrückt. Sie hätten sagen müssen, contra successores eius non in solidum, sed quantum *ad unumquemque* pervenit. So wie aber die Worte gefaßt sind, fällt es in die Augen, daß die Kaiser von den Erben überhaupt sprechen. Von einzelnen Erben, und deren Verpflichtung ist gar keine Rede. Das Gesetz kann also auch nicht von einer Theilung der Klage gegen die einzelnen Erben erklärt werden, sondern es ist von einer Verpflichtung der Erben überhaupt zu verstehen, denn es bestimmt, wieweit sie aus der Amotion ihrer Erblasserin haften, und stimmt ganz mit dem Grundsatz der *L. un. C. Ex delictis defunctorum* überein, wovon in dem Rescript der *L. ult. C. h. t.* nur die Anwendung gemacht worden ist. Denn das in solidum wird dem, in quantum ad eos pervenit, hier eben so, wie in jener *L. un.* entgegengesetzt. Die Entscheidung der *L. ult.* ist also ganz der Regel der *L. un. C.* gemäß, nach welcher actiones ex delictis defunctorum gegen die Erben nur in so

weit Statt finden, als sie dadurch bereichert sind [39]). Die dritte Erklärung hat noch weniger Grund. Denn der Ausdruck successores bezeichnet hier eben so, wie in der *L. un.* Erben und Nachfolger. Es wäre auch in der That höchst räthselhaft, wenn die Kaiser von solchen Successoren hätten verstanden seyn wollen, die von den Erben verschieden sind, ohne sie näher zu bezeichnen, zumal da die Gesetze in andern Fällen bey Klagen aus Delicten keinen Unterschied zwischen heredes und andern successores machen [40]). Halten wir uns nun aber an die *L. ult. C. h. t.* als das entscheidende Gesetz, wie soll der Schwierigkeit aus der *L.* 6. §. 4. *D. h. t.* abgeholfen werden, wo Paulus sagt: Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva? Hier vergleicht ja Paulus unsere Klage mit der condictio furtiva, von welcher Ulpian sagt *L.* 9. *D. de condict. furt.* heredes in ea non pro parte, *quae pervenit*, sed *in solidum* teneri. Daß Paulus von der actio rerum amotarum handele, ist keinem Zweifel unterworfen, denn er nennt sie in dem vorhergehenden §. 3. rerum amotarum iudicium. Schon Petrus Duirsema [41]) kam auf den glücklichen Gedanken, Paulus rede hier nur davon, mit welcher Klage der Erbe der Frau propter res ab ea amotas zu belangen sey, und hier habe er zwey Klagen genennt, die actio rerum amotarum, und die condictio furtiva. Wie weit der Erbe aber hafte, ob in solidum, oder quatenus per-

39) S. *Pet.* Duirsema Coniecturalium iuris civ. Lib. I. Cap. 7. (*Groeningae* 1714. 8.)

40) *L.* 16. §. 2. *D. Quod met. causa. L.* 7. §. 2. *in fin. D. de condict. furtiva. L.* 2. §. 27. *D. Vi bonor raptor.*

41) Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 8. pag. 141. sq.

venit, habe er hier dahingestellt seyn lassen. Er erlaubt sich daher eine kleine Versetzung der Worte. **Paulus**, meint er, müsse so gelesen werden: *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur condictionis nomine, sicut ex causa furtiva.* **Christfr. Wächtler** [42]) verwirft zwar diese Emendation; allein sie hat die Auctorität der **Basiliken**, und der griechischen Scholiasten für sich, von denen hier noch Niemand Gebrauch gemacht hat. In den **Basiliken** [43]) heißt es nämlich:

Καὶ ὁ κληρονόμος τῆς γυναικὸς αὐτῇ τῇ ἀγωγῇ ἐνάγεται, ὡς καὶ τῇ ἀγωγῇ τῇ απαιτούσῃ τὸ διπλοῦν ὑπὲρ τοῦ κλαπέντος πράγματος τῷ ἀπαιτοῦντι κλαπέν.

Und **Cyrillus** sagt in den Scholien [44]): κληρονόμοις καὶ κατὰ κληρονόμων ἁρμόττει αὕτη ἡ ἀγωγὴ, καὶ ὁ φούρτιβος κονδικτίκιος.

So wäre denn auf einmal alle Schwierigkeit gehoben. Das Canonische Recht enthebt uns übrigens der ganzen Controvers. Nach demselben haften nämlich die Erben aus den Delicten ihrer Erblasser ohne Unterschied, sie mögen dadurch bereichert seyn, oder nicht, bis auf den Bestand der Erbmasse [45]).

42) Opusc. iurid. philolog. pag. 584. sq.

43) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. VI. §. 2. pag. 424.

44) Tom. IV. pag. 432. Sch. i.

45) *Can.* 3. *Caus. XVI. Qu.* 6. *Cap.* 14. *X. de sepultur. Cap.* 5. *X. de Raptorib. Cap.* 9. *X. de usuris. Cap.* 28. *X. de Sentent. excommunicat.* S. *Fernand.* Vasquius illustr. controversiar. Lib. III. Cap. 96. nr. 27. pag. 826. *Ant.* Gomez Variar. Resolution. Lib. III. Cap. 1. nr. 85. *Reinh.* Bachovius Tr. de Actionib.

Ist der Ehegatte, welcher entwendet hat, noch unter väterlicher Gewalt, so hat der Bestohlne bey Lebzeiten des Entwenders die Wahl, ob er gegen diesen die actio rerum amotarum, oder gegen den Vater die actio de peculio anstellen will. Die letztere ist aber hier nur eine actio utilis, weil die actio directa nur aus erlaubten Geschäften gegen den Vater angestellt wird [46]. Sie findet also gegen ihn nur insoweit Statt, als er aus der Entwendung bereichert ist [47], dahingegen die actio rerum amotarum gegen den Ehegatten auf das Ganze geht [48]. Klagt jedoch der Vater mit Einwilligung der Tochter auf die Zurückgabe des Heyrathsguts, so findet die Klage ge-

Disp. V. Th. 4. §. *Haec licet.* pag. 170. und *Gall. Aloys.* Kleinschrod Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

46) *L.* 5. *D. h. t.* Papinianus *libro XI. Quaestion.* Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, *utili iudicio* petendum est. S. *Jac.* Cujacius ad h. L. (*Oper postumor.* Tom. I. pag. 308.) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVIII. Err. 7. läugnet zwar, daß es eine actio de peculio utilis gebe, und erklärt diese *L.* 5. von dem iudicio rerum amotarum utili. Allein der ganze Streit ist de lana caprina. Denn schon Bachovius in Tr. de Actionibus Diss. V. Th. 9. pag. 177. hat sehr richtig bemerkt, daß es gleichviel sey, ob man sagt, gegen den Vater habe utile iudicium rerum amotarum oder die actio de peculio utilis statt, weil die actio de peculio keine separata et per se existens actio ist, sondern nur eine qualitas und adiectio actionis rerum amotarum bezeichnet. Man vergleiche auch Pothier Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XV. not. f.

47) *L.* 3. §. 12. *in fin. D. de peculio.*

48) *L.* 39. *D. de Obligat. et actionib.*

gen den Mann anders nicht Statt, als wenn der Vater Caution geleistet hat, daß er die Tochter wegen der dem Manne entwendeten Sachen in solidum vertreten wolle. Nach dem Tode der Tochter findet gegen den Vater die actio rerum amotarum nur noch insoweit Statt, als er bereichert ist. Hierher gehört die Stelle aus des Paulus *Libro VII. ad Sabinum*; es ist die *L. 3. §. 4. D. h. t.* welche folgendermassen lautet:

Si filiafamilias res amoverit, Mela, Fulcinius aiunt, *de peculio* dandam actionem: quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem [49]. Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisdatione defendat: sed mortua filia, in patrem *rerum amotarum actionem* dari non oportere Proculus ait: nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.

Die Frage, welche hier Paulus entscheidet, ob die actio de peculio gegen den Vater Statt finde, wenn die Frau, welche ihren Mann bestohlen hat, noch in der väterlichen Gewalt ist? scheint unter den ältern Römischen Juristen streitig gewesen zu seyn, wie auch Cujaz [50]) und Anton Faber [51]) glauben. Das Berufen des Paulus

49) Haloander liest hier, ganz abweichend von allen übrigen Ausgaben, — aiunt, et de peculio in patrem, quia displicuit eam furti obligari, et in ipsam, ob res amotas, dari actionem.

50) Comment. ad Papinian. L. 5. D. h. t. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 307. sq.)

51) De erroribus. Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 10.

auf die Auctorität eines Mela und Fulcinius machen dieses nicht unwahrscheinlich. Es stand allerdings ein wichtiger Zweifelsgrund ihrer Meinung entgegen, nämlich der, daß die actio rerum amotarum aus einem Delict entspringt: pendet enim ex furto, sagt Paulus *L.* 21. §. 5. *D. h. t.* Die actio de peculio hingegen hat nur aus Contracten und erlaubten Geschäften gegen den Vater Statt[52]). Ex poenalibus causis, sagt Ulpian *libro II. Disputationum*[53]), non solet in patrem *de peculio* actio dari. Für die bejahende Meinung schien jedoch der Grund überwiegend zu seyn: *quia displicuit eam furti obligari.* Entspringt also auch die actio rerum amotarum aus einem Delict, so ist sie doch keine Pönalklage. Hac igitur ratione, sagt Gerh. Noodt[54]), rem perinde acceperunt, ac si actio rerum amotarum magis sit ex negotio gesto, quam ex delicto, eoque in peculium condictionem admittat, quatenus ad patrem pervenit. Dieser Meinung stimmte auch Julian bey, wie Paulus *libro III. ad Neratium*[55]) sagt:

Iulianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem *in peculium* respondit.

Petrus Faber[56]) hält jedoch die Lesart unserer

52) *L.* 1. §. 7. *D. de his, qui effuder. vel deiecer.*

53) *L.* 58. *D. de div. Reg. iuris.*

54) Commentar. ad Dig. h. t. §. Eadem ratione. (*Oper.* Tom. II. pag. 533.)

55) *L.* 19. *D. de condict. furt.*

56) Semestrium Lib. I. Cap. 24. pag. 161. sq. (*Genevae* 1660.)

L. 3. für fehlerhaft. Er meint nämlich, der von Paulus angeführte Grund: *quia displicuit eam furti obligari,* passe nicht auf die actio de peculio, die gegen den Vater gebraucht werden kann, weil der Vater schon nach gemeinen Recht ex furtiva causa des Sohns mit der actio de peculio belangt werden könne, wenn das peculium dadurch bereichert worden ist[57]). Der angeführte Grund beziehe sich vielmehr auf die actio rerum amotarum, mit welcher die Tochter selbst belangt werden kann. Denn das beruhe auf einem besondern Rechte, daß sie nicht actione furti belangt werden kann, ob sie sich gleich eines furti schuldig gemacht hat. Es sey also hier eine Versetzung der Worte nöthig, vermöge welcher nun diese Stelle folgendermassen gelesen werden müsse:

Si filiafamilias res amoverit, *Mela* et *Fulcinius* aiunt de peculio dandam actionem, vel in ipsam ob res amotas dari actionem, *quia displicuit eam furti obligari.*

Oder auch so: de peculio dandam actionem, VEL, quia displicuit eam furti obligari, in ipsam ob res amotas dari actionem.

Diese letzte Emendation billigt auch Anton Schulting[58]). Allein Cujaz[59]) und Anton Faber[60]) verwerfen sie. Cujaz meint, der Grund sey mit Fleiß in

57) L. 3. §. 12. D. de peculio. *Pet.* FABER Semestrium Lib. I. cap. 12.

58) Notae ad Dig. seu Pandect. a SMALLENBURG edit. Tom. IV. ad h. L. 3. §. 4. pag. 361.

59) Comment. in Lib. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. h. t. (*Opp. postumor.* Tom. I. pag. 307.)

60) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVIII. Err. 5.

die Mitte gesetzt, weil er zu beyden Klagen gehöre; er sey der nämliche, es möge gegen die Tochter die actio rerum amotarum, oder gegen den Vater die actio de peculio angestellt werden. Denn könnte die Tochter furti belangt werden, so hätte gegen den Vater ex poenali causa die actio de peculio nicht Statt [61]). Wollte man jener Emendation Beyfall geben, fügt Anton Faber noch hinzu, so würde zur Bestärkung der Meinung des Mela und Fulcinius gar kein Grund angeführt seyn, der doch hier nöthiger war, als bey der actio rerum amotarum gegen die Tochter. Denn daß die actio rerum amotarum gegen die Frau, welche divortii causa Sachen dem Manne entwendet hat, als ein besonderes Recht eingeführt sey, quia non placuit cum ea furti agere posse, hatte ja Paulus schon vorher gesagt, *L. 1. D. h. t.* welche aus demselben *libro VII. ad Sabinum*, wie die *L. 3.*, genommen ist. Wozu brauchte also dieses bey derselben actio rerum amotarum noch einmal gesagt zu werden? Aber daß Mela und Fulcinius behaupteten, es finde deshalb auch die actio de peculio gegen den Vater Statt, wenn die Frau noch in der väterlichen Gewalt ist, dieß mußte, weil es zweifelhaft war, mit einem entscheidenden Grunde unterstützt werden.

Dennoch haben nachher Bachov [62]) und Beck [63]) die Emendation des Petrus Faber aufs neue zu vertheidigen gesucht. Beck meint, daß auch die Basi-

61) *L. 58. D. de divers. reg. iuris.*

62) Tr. de Actionib. Disp. V. Th. 9. pag. 175.

63) Disp. de Fabio Mela ICto eiusque fragmentis, praes. *Christ. Gottl.* Hauboldo def. *Lipsiae* 1806. §. 20.

liken dieselbe bestätigten. In den Basiliken[64]) heiße es nämlich:

Ἐὰν ὑπεξουσία ἐστὶν ἡ ὑφελομένη, ὁ πατὴρ ἐνάγεται τῇ περὶ πεκουλίου ἀγωγῇ, καὶ αὐτὴ τῇ περὶ ἀφαιρέσεως πραγμάτων ἀγωγῇ. d. h. *Si filiafamilias sit, quae res amovit, pater actione de peculio convenitur, et ipsa rerum amotarum actione.*

Allein diese Stelle kann nun schon darum zur Bestärkung nicht dienen, weil gerade der Grund, über dessen Platz gestritten wird, hier gar nicht erwähnt ist. Dahingegen bestärken vielmehr die griechischen Scholien die Lesart unsers Corporis iuris. In diesen[65]) ist unsere Stelle wörtlich so übersetzt:

Ἐὰν ὑπεξουσία γυνὴ πράγματα τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς ἀποκινήσῃ, τινὲς ἔλεγον τὴν δὲ πεκουλίῳ δίδοσθαι κατὰ τοῦ πατρὸς αὐτῆς, ἐπειδὰν ἀπήρεσεν κινεῖσθαι κατ᾽ αὐτῆς τὴν φοῦρτι, ἢ τὴν ῥέρουμ ἀμοτάρουμ. i. e. *Si uxor, quae filiafamilias est, mariti sui res amoverit, quidam dicebant, de peculio dandam actionem adversus patrem eius, quia displicuit adversus eam furti agi*, vel *in ipsam rerum amotarum dari actionem.*

Alles dieses findet nun auch in dem umgekehrten Falle Statt, wenn der Mann noch in väterlicher Gewalt ist, und dieser Sachen der Frau entwendet hat. Hier kann gegen den Mann mit der actio rerum amotarum auf das Ganze, gegen den Vater aber mit der actio de peculio utilis in so weit geklagt werden, als das Peculium dadurch bereichert worden ist, wie ebenfalls Paulus

64) Tom. IV. pag. 423.
65) Tom. IV. pag. 431. Sch. c.

libro VII. ad Sabinum sagt. Es gehört hierher die *L.* 6. *§.* 2. *D. h. t.*

Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium, si filiusfamilias maritus sit, utrum de peculio, an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus, quae *de filiafamilias* diximus.

Der Bereicherung wird es jedoch gleichgeachtet, wenn der Vater sich vorsätzlich des Besitzes der entwendeten Sachen entäussert hat, wodurch das Peculium hätte bereichert werden können, wie Pomponius *Libro XVI. ad Sabinum* sagt. Es ist die *L.* 4. *D. h. t.* wo es heißt:

Dolove malo fecerit, quominus ad eum pervenerit.

§. 1284. e.

Worauf geht die actio rerum amotarum?

Die actio rerum amotarum entspringt zwar aus einem Delict, pendet enim ex furto, sagt Paulus[66]); sie ist aber doch weder eine actio poenalis, noch famosa[67]); sondern geht, wie die condictio furtiva, blos auf Persecution der entwendeten Sachen, und zwar auf Restitution der noch vorhandenen in Natur, und Vergütung des Werths der nicht mehr in Natur vorhandenen, sie seyen nun entweder bey dem Entwender zu Grunde gegangen, oder von ihm verzehrt, oder veräussert, oder verschenkt worden; bey deren Schätzung auf den Werth gesehen wird, den die Sachen zur Zeit ihrer Entwendung hatten, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

66) *L.* 21. *§.* 6. *D. h. t.*

67) *L.* 2. *Cod. h. t.*

L. 21. §. 5. *D. h. t.* PAULUS *libro XXXVII. ad Edictum.* Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet: et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva.

L. 17. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXX. ad Edictum.* Non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum iudicium venire, JULIANUS ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt 68): simili modo etiam *certi condici* eas posse 69) ait.

L. 3. §. 3. *D. h. t.* PAULUS *libro VII. ad Sabinum.* Item verum est, quod OFILIUS ait, etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit, *rerum amotarum iudicio* contineri.

L. 29. *D. h. t.* TRYPHONINUS *libro XI. Disputationum.* Rerum amotarum aestimatio ad tempus, *quo amotae sunt*, referri debet: nam veritate furtum fit, etsi lenius coërcetur mulier. Quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur.

Wenn jedoch hier gesagt wird, es sey bey der Schätzung der entwendeten Sache auf die Zeit zu sehen, da die Entwendung geschahe; so ist dieses so zu nehmen, wenn sich etwa nachher der Werth der Sache vermindert haben

68) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 426. heißt es: καὶ τοῖς φθαρεῖσι. und in den Scholien pag. 435. Sch. a. ἀλλὰ καὶ τὰ φθαρέντα. i. e. *sed etiam eae, quae interierunt.*

69) *L.* 9. *pr. D. de reb. cred.*

sollte [70]. Denn sollte die Sache nachher einen größern Werth erhalten haben, als sie zur Zeit der Entwendung hatte; so muß dieser erhöhete Werth hier eben so, wie bey der condictio furtiva [71]), vergütet werden, *quia videtur, qui primo invito domino rem contrectavit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere*, wie Tryphoninus an einem andern Orte [72]) sagt. Daß dieses aber bey der actio rerum amotarum eben so sey, sagt Tryphonin in der angeführten *L.* 29. *h. t.* ausdrücklich:

Sed si pluris factae non restituuntur, quae amotae sunt, *crescit aestimatio*, ut in condictione furtivae rei [73]).

Wird die Herausgabe der Sache von dem Entwender, der sie noch hat, und zurückgeben kann, vorsetzlich verweigert, so kann der Kläger den Werth derselben durch seinen Eid bestimmen, weil es unbillig wäre, denselben zu nöthigen, daß er wider seinen Willen seine Sachen um den gemeinen Preis dem Gegner verkaufen solle. Hat

70) S. *Barth.* Chesius Different. iuris Cap. 50. n. 2. (in *Jurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 780.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad L. 29. h. t.

71) *L.* 8. §. 1. *D. de condict. furt.* S. *Jo.* Van de Water Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4.

72) *L.* 20. *D. de condict. furt.* S. *Ant. Dad.* Alteserra, Recitation. in Claud. Tryphonini libros Disputation. ad h. L. (Oper. accurante Michaele Marotta *Neapoli* 1776. sqq. 4. editor. Tom. VIII.)

73) S. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 3. et Decad. LXXX. Err. 2. *Idem* Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 11. und *Ant.* Schulting No-

jedoch der Entwender den Werth der Sache, den der Kläger beschworen hat, bezahlt; so wird dieses als ein Kauf angesehen[74]. Ein Versprechen wegen der Eviction kann jedoch nicht gefordert werden, weil er die Sache auf eine rechtswidrige Art sich zu verschaffen gesucht hat. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 8. §. 1. *D. h. t.* POMPONIUS *libro XVI. ad Sabinum.* SABINUS ait, si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari debere, *quanti in litem vir iurasset.*

L. 9. *D. eodem.* PAULUS *libro XXXVII. ad Edictum.* Non enim aequum est, invitum *suo pretio*[75]) res suas vendere.

tae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad L. 29. h. t. pag. 368.

74) *L.* 1. *et* 3. *D. pro emtore.*

75) *Suo pretio* heißt hier soviel als iusto pretio, wie es auch *L.* 70. *D. de Rei vind.* ausgedruckt wird. Eben so wird es auch *L.* 8. *D. de in litem iurando* erklärt. Non est aequum, sagt Marcellus *libro VII. Digestor.* PRETIO, id est, *quanti res est*, litem aestimari: cum et contumacia punienda sit, et *arbitrio potius domini* rei pretium statuendum sit: *potestate petitori in litem iurandi concessa.* Anders haben auch die Griechen das *suo pretio* nicht verstanden. Denn in den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 9. pag. 425. heißt es: Οὐ γάρ ἐστι δίκαιον αὐτὸν ἄκοντα πωλῆσαι τὸ ἴδιον ὅσον ἐστὶν ἄξιον. i. e. *quanti res pretii est;* und der griechische Scholiast sagt Sch. o. p. 433. οὐδὲ γὰρ δίκαιόν ἐστι τῆς δικαίας τιμῆς μόνης ἄκοντα τὸν ἄνδρα πιπράξειν τά ἴδια πράγματα. i. e. *non enim aequum est,* JUSTO TANTUM PRETIO *invitum maritum vendere suas res.* Man vergleiche noch *L.* 25.

L. 10. *D. eodem.* POMPONIUS *libro XVI. ad Sabinum.* Ideoque nec debere eum *pro evictione promittere:* quod ex contumacia mulieris id ita acciderit.

Da der Entwender, wenn er den Werth der Sache einmal bezahlt hat, als Käufer betrachtet wird, so kann er sich auch, wenn der bestohlne Ehegatte oder desselben Erbe nachher die Sache vindiciren wollte, mit der exceptio rei venditae schützen. Er kann sich auch einer actio in rem z. B. der actio Publiciana bedienen, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 22. *D. h. t.* JULIANUS *libro XIX. Digestorum.* Si propter res amotas egero cum muliere, et lis aestimata sit: an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo adquisiit possessionem. Respondi, qui litis aestimationem suffert, *emptoris loco habendus est:* ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem

§. 1. *D. Soluto matrimon.* Die von *Dionys.* GOTHOFREDUS ad L. 9. not. a. gemachte Bemerkung: Pro *suo pretio* forte legendum est: *non suo*, zeugt daher von einem offenbaren Mißverstand des Gesetzes. S. *Jac.* CUJACII Comm. in libr. XXXVII. Pauli ad Edictum ad L. 9. D. h. t. (in *Opp. postum.* Tom. II. pag. 603.) *Desid.* HERALDUS Observ. et Emendation. libr. Cap. 26. (in *Thes. I. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1343.) *Jo. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 292. sq. u. *Theod. Jo. Alex.* PAGENSTECHER Specim. de violentis emendationib. in Jure civ. non admittendis. Cap. 3. p. 111. sqq.

maritum, vel heredem mariti exceptionem habet: et si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est [76]).

Auch der Gewinn kommt bey der Schätzung der entwendeten Sachen in Anschlag, der dem bestohlnen Ehegatten durch die Entwendung seiner Sachen entzogen worden ist.

L. 21. §. 4. *D. h. t.* PAULUS *libr. XXXVII. ad Edictum.* Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est.

Da die actio rerum amotarum aus einem Delict entspringt, so kann hier von einer den Ehegatten sonst zustehenden Competenz-Wohlthat keine Rede seyn, wie auch Paulus *L.* 21. §. 6. *D. h. t.* ausdrücklich bemerkt:

Nec viro, nec mulieri prodest in hoc iudicio, *si facere non possunt*; pendet enim id ex furto [77]).

§. 1284. f.

Beweisführung bey dieser Klage.

Der Kläger kann sich, wenn es ihm an andern Beweismitteln fehlt, oder auch, wenn es ihm sonst gefällt, der Eides-Delation bedienen, aber nur gegen den Ehegatten, der ihn bestohlen hat. Wird gegen einen Andern,

76) S. *Jac.* CUJACII Commentar. in libr. XIX. Digestorum Salvii Juliani ad L. 22. h. t. (in *Opp. postum.* a FABROTO edit. Tom. III. pag. 136. sq.) und *B.* VOORDA Thes. controversar. Decad. XIV. Th. 10.

77) Man vergleiche auch die *L.* 52. *D. de re iudicata*, wo Tryphonin sagt: Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, IN SOLIDUM *condemnari debet: quoniam ex male contractu et delicto oritur.*

z. B. gegen den Vater, oder gegen den Erben desselben geklagt, so findet der Eides-Antrag nicht Statt, weil es für unbillig gehalten wird, daß Jemand über eine fremde Handlung schwören soll. Daher ist auch hier die Zurückschiebung des Eides nicht zulässig. Der Kläger, der den Eid deferirt, muß jedoch zuvor den Eid gegen Gefährde schwören. Dann darf aber auch der Beklagte den Eid nicht ablehnen, wenn er nicht für geständig erklärt werden will. So lehrt Ulpian *libro XXXIII. ad Edictum*, woraus die *L.* 11. §. 1. *h. t.* genommen ist.

Qui rerum amotarum instituit actionem, *si velit magis iusiurandum deferre*, cogitur adversarius iurare, *nihil divortii causa amotum esse*: dum prius *de calumnia* iuret, qui iusiurandum defert.

§. 2. Jurare autem tam vir quam uxor cogetur: pater autem amoventis iurare non cogitur: *cum iniquum sit, de alieno facto alium iurare*: is ergo cogitur iurare, *qui amovisse dicitur*: et idcirco nec heres eius, qui, quaeve amovisse dicetur, iurare cogetur.

§. 3. Si quis delatum sibi iusiurandum *referre velit*, non videtur Praetor permisisse.

Paulus *libro VII. Brevium* fügt noch in der folgenden *L.* 12. hinzu:

Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat [78]), an ipse fur sit.

78) *Deferat* heißt hier soviel, als referat. So erklären dieses Wort mit der Glosse *Jac.* Cujacius Commentar. in libr. XXXVII. *Pauli* ad Edictum ad L. 9. D. h. t. (*Opp. postum.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 603.) *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. in fin. (Tom. II.

Daß keine Zurückschiebung des Eides Statt findet, bestätigt auch Ulpian *libro XXXIII. ad Edictum* mit Berufung auf Labeo. Es heißt nämlich *L.* 13. *h. t.*

Ideo LABEO scribit, mulieri non esse permittendum referre iusiurandum: *et ita Edictum ordinatum videtur.*

Opp. pag. 534.) und *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. seu Pand. Tom. IV. h. t. ad L. 12. Einige alte Ausgaben, wie z. B. die des Haloanders und Miräus, lesen auch referat. Die *Basilica* Tom. IV. pag. 426. haben jedoch ἐπιφέρει, defert. Es hat übrigens keinen Zweifel, daß demjenigen, welcher behauptet, er sey von Jemand bestohlen worden, der Eid von dem deferirt werden kann, welchen er des Diebstahls beschuldiget, wie aus *L.* 28. §. 9. *D. de iureiur.* erhellet. Hat er nun geschworen, so erlangt er dadurch die actio furti, so wie die actio in factum ex iureiurando, und es hängt von seiner Willkühr ab, welche von beyden er anstellen will. Deswegen steht ihm aber nicht auch immer gleich die condictio furtiva zu. Dieser kann er sich nur dann bedienen, wenn er Eigenthümer der ihm gestohlnen Sache ist. *L.* 1. *D. de condict. furtiva.* So erklärt sich die angeführte *L.* 28. wo Paulus sagt: Item POMPONIUS ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iuravit, non statim etiam *condictionis causam* nancisci. Indessen braucht der Kläger den ihm zugeschobenen Eid nicht wider seinen Willen zu schwören. Der Grund ist, weil er doch nicht gewiß weiß, ob der Beklagte, den er für den Dieb hält, die Sache wirklich gestohlen habe. Daher findet auch keine Zurückschiebung des dem Beklagten über den schuldgegebenen Diebstahl deferirten Eides statt. S. CUJACIUS Comment. in libr. XVIII. Pauli ad Edictum ad L. 28. §. 9. D. de iureiur. (*Opp. postum* Tom. II. pag. 235.) und POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVIII. Not. h. pag. 79.

Gerhard Noodt [79]) meint, es habe von dieser Beweisführung das zweyte Kapitel des Edicts gehandelt, in welchem der Prätor die rerum amotarum actio eingeführt hat. Es scheinen vielleicht die Worte der *L.* 11. §. 3. *D. h. t.* non videtur *Praetor* permisisse, und der *L.* 13. et ita *Edictum* ordinatum videtur, darauf hinzudeuten. Eben dieses scheint auch Abraham Wielings [80]) Ansicht zu seyn. Wilh. Ranchin [81]), und Joh. Ortwin. Westenberg [82]) haben daher dem Edict noch die Worte beygefügt: *et iusiurandum deferre permittam.* Allein sicher würde sich der Prätor hier wohl anders ausgedrückt haben. Vielleicht nach L. 11. so:

Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, adversarium, sive vir sive uxor sit, iurare cogam [83]), *nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert, neque, si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, permittam.*

Indessen dünkt es mir wahrscheinlicher zu seyn, daß der Prätor vielmehr in seinem Edict vom Eide auch der Eidesdelation bey der actio rerum amotarum, als Ausnahme von der Regel, gedacht habe, welche Paulus *libro XXXVII. ad Edictum* aufstellt:

79) Comm. ad Dig. h. t. §. Vidimus. pag. 530.

80) Fragmenta Edicti perpetui. (*Franequerae* 1733. 4.) h. t. §. 1. pag. 153.

81) Edictum perpetuum restistut. h. t. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 250.)

82) Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. et 28.

83) Arg. *L.* 34. §. 6. *D. de iureiur.*

Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.

Paulus, der *libro XVIII. ad Edictum* hauptsächlich vom Eide handelt [84]), gedenkt der actio rerum amotarum ausdrücklich, wenn er *L.* 28. §. 7. *D. de iureiur.* sagt:

Quae iuravit, *divortii causa rem se non amovisse*, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur: et, si contendat suam esse, alio iureiurando opus est: contra, si iuraverit suam esse, debet *in actione rerum amotarum defendi.*

Der Eid kann jedoch immer nur über einzelne Sachen deferirt werden. Daher kann sich der Kläger bey einigen der Eidesdelation, bey andern anderer Beweismittel bedienen, wie ebenfalls Paulus *L.* 14. *D. de act. R. A.* sagt, welche, wie jene Stelle, auch aus desselben *libro XVIII. ad Edictum* genommen ist. Hier heißt es:

De rebus amotis permittendum marito, vel uxori, *de quibusdam rebus* iusiurandum deferre, de *quibusdam* probare.

Der Prätor hatte nämlich in seinem Edict vom Eide gesagt: *Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit.* Nun erklärte man, wie Ulpian sagt *L.* 7. *D. de iureiur.* die Worte: *Eius rei* so: sive de tota re, sive de parte sit iuratum [85]).

84) S. Cujacius in libr. XVIII. Pauli ad Edictum (*Opp. postumor.* Tom. II. pag. 224 sqq.)

85) S. Cujacius c. l. ad L. 14. h. t. pag. 248.

§. 1284. g.

Zeit der Anstellung der Klage. Wegfallen derselben. Findet die Klage noch jetzt statt?

Die Klage kann übrigens gleich nach erfolgter Ehescheidung angestellt werden, und findet insonderheit gegen die Ehefrau statt, auch ehe noch die dos zurückgefordert werden kann. Dieß ist es, wenn Paulus *Libro XXXVII. ad Edictum* sagt:

Rerum amotarum actio *damnum repraesentat*, etiamsi postea dotis exactio competat;

wie die daraus genommene *L.* 21 *§.* 3. *D. h. t.* lautet. Der Sinn ist, die actio rerum amotarum, als eine actio ex delicto, bringt es mit sich, daß mittelst derselben gleich nach getrennter Ehe auf Schadens-Ersatz geklagt werden kann, wenn gleich die Klage auf Zurückgabe der Dos, sofern dieselbe etwa in beweglichen Sachen besteht, noch nicht Statt findet [86]). Denn *repraesentare* heißt etwas sogleich bezahlen. In den Basiliken [87]) wird *damnum repraesentat* so ausgedrückt: *παραχρῆμα τὴν ζημίαν ἀπαιτεῖ*, i. e. STATIM *damnum exigit*; und der Scholiast [88]) paraphrasirt dieses so: H *ρέρουν ἀμοτάρουμ παραχρῆμα τὴν ζημίαν ἀπαιτεῖ ἀπολαβεῖν τὸν ἀδικηθέντα, εἰ καὶ μετὰ ταῦτα μέλλει ἁρμόζειν ἡ τῆς προικὸς ἀπαίτησις.* i. e. *Rerum amotarum actio exigit, ut damnum* STATIM

86) S. Cujacius ad h. L. (Tom. II. *Oper. postum.* p. 605.) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro ait Praetor.* pag. 532. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXII. Not. c. pag. 80.

87) Tom. IV. pag. 428.

88) *Basilica* Tom. IV. pag. 437. Sch. h. et i.

recipiat, qui passus est, etiamsi postea dotis exactio competitura sit. Das παραχρῆμα, oder statim wird nachher weiter so erklärt: μετὰ τὸ λυθῆναι τὸν γάμον. i. e. *soluto matrimonio*, mit dem Beysatz: ἐν συνεστῶτι γὰρ οὐ κινεῖται, i. e. *eo enim constante non movetur.* Anton Faber [89]) will zwar den Satz des Paulus nur von dem Falle verstehen, wenn Dotalsachen von der Frau entwendet worden sind. Hier soll die actio rerum amotarum Statt finden ante tempus repetendae dotis. Er glaubt, die Worte: etiam si postea dotis exactio competat, deuteten darauf hin. Allein mit Recht ist diese Erklärung von Bachov [90]), und Anton Schulting [91]) verworfen worden.

Die Klage fällt weg, 1) wenn sich die Ehegatten gegenseitig bestohlen haben. Hier hebt die Compensation das Klagerecht auf.

L. 7. D. h. t. Ulpianus *libro XXXVI. ad Sabinum.* Compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.

2) Wenn nach erfolgter Ehescheidung die Ehe wiederhergestellet wird.

L. 30. D. eodem. Papinianus *libro XI. Quaestionum.* Cum soluto matrimonio rerum amotarum judicium contra mulierem instituitur, *redintegrato rursus matrimonio*, solvitur iudicium.

Cujaz [92]) erklärt den Ausdruck: *solvitur iudicium*

89) De errorib. Pragmaticor. Dec. LXXX. Err. 2.

90) Adversus *Fabrum* c. I.

91) Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 21. h. t.

92) Comment. in libr. XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 309.)

so, iudex esse desinit [93]). Die Klage ruhe also nur, aber sie erlösche dadurch nicht [94]). Genug sie lebt wieder auf, d. h. sie kann wieder fortgesetzt werden, wenn nach wiederhergestellter Ehe doch noch die Scheidung erfolgt [95]). Hierher gehört

L. 23. *D. h. t.* Africanus *libro VIII. Quaestionum.* Redintegrato matrimonio, *si iterum divortium factum* erit: ob res amotas prioris divortii causa — *manere actionem* [96]) existimavit [97]).

Durch die Anklage des Ehebruchs wird jedoch die actio rerum amotarum gegen die Frau nicht gehindert, denn sie ist von jener ganz unabhängig. Man setze, die Frau werde wegen bewiesener Entwendung verurtheilt, hieraus folgt noch nicht, daß sie auch des Ehebruchs schuldig sey. Eben so wenig würde aber auch in dem entgegengesetzten Falle, da sie freigesprochen worden, folgen,

93) *L.* 58. *D. de iudiciis.*

94) *L.* 98. §. 8. *D. de Solut.* *L.* 83. §. 5. *L.* 137. §. 4. *D. de Verb. Obligat.* Die *Basilica* Tom. IV. p. 429. circ. fin. haben jedoch *σβέννυται τοῦ γάμου ἀνανεουμένου.* i. e. *exstinguitur redintegrato matrimonio.* Man vergleiche auch *L.* 19. *D. Soluto matrimon.*

95) S. *Jo. Lud.* Conradi Jus P. R. e Digestis h. t. §. 24.

96) *Basilica* Tom. pag. 428. in fin. *σώζεται ἡ ἀγωγὴ προφάσει τῶν ἀποκλαπέντων διὰ τὸ πρῶτον διαζύγιον.* i. e. *integra manet actio ob res subreptas prioris divortii causa.*

97) Das *existimavit* geht nicht auf Afrikan, sondern auf Julian, dessen Meinung Afrikan anführt. S. Pothier Pand. Just. Tom. II. h. t. Nr. XXIII. Not. d. Einige Ausgaben lesen jedoch existimavi, z. B. Baudoza. Die Glosse bezieht es auf Afrikan.

daß sie auch keine Ehebrecherin sey. Dieses sagt auch Papinian *libro IV. Responsorum*, woraus die *L.* 27. *D. h. t.* genommen ist. Hier heißt es ganz bestimmt:

Rerum amotarum actio OB ADULTERII CRIMEN, *quo mulier postulata est, non differtur.*

Jacob Gothofredus [98]) ist zwar der Meinung, die *L.* 27. *h. t.* sey durch die Constitution der Kaiser Theodos, Arcadius, und Honorius, welche in dem Theodosianischen Codex die *L.* 7. *ad Legem Juliam de adulteriis*, in dem Justinianeischen aber *L.* 33. *eodem* ist, aufgehoben worden. In dieser heißt es nämlich:

Adulterii accusatione proposita, praescriptiones civiles, quibus aut dos repeti fingitur, aut ex ratione aliqua debitum flagitatur, quae occurrere, atque perstrepere examini consueverunt, iussimus sequestrari, nec earum obice aliquid negotii tarditatis adferri, sed accusatione fundata, hoc est, cum constiterit, quo iure, id est, maritine, an extranei, quove tempore accusatio fuerit intromissa: discutiatur crimen, facti qualitas publicetur, cum et iurgia, quae magnitudine superantur, et civilis actio criminali iure postponatur. Idem tamen, cum competere coeperit, habitura momenti, dummodo non obsit huic examini.

Allein hier ist von solchen Klagen die Rede, deren Entscheidung von der angestellten Criminalklage abhängt,

98) Cod. Theodos. Tom. III. ad L. 7. ad Leg. Jul. de adulter. pag. 73. edit. *Ritter.* Ihm stimmt auch *Ant.* Schulting in Notis ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad L. 27. h. t. pag. 367. bey.

wie z. B. die actio de dote. Dieß zeigt schon der Ausdruck *praescriptiones civiles* an[99]). Die actio rerum amotarum ist aber von der Anklage des Ehebruchs ganz unabhängig, wie Gothofredus selbst nicht läugnen kann. Keine dieser Klagen ist also der andern hinderlich[100]).

Einige Rechtsgelehrten[1]) wollen an der heutigen Anwendbarkeit der actio rerum amotarum zweifeln. Sie sagen, die Klage setze als wesentliche Bedingung voraus, daß die Entwendung divortii causa geschehen, und die Ehescheidung wirklich erfolgt sey. In dem Canonischen Recht wären aber alle Ehescheidungen aufgehoben, und eine bloße Scheidung vom Tisch und Bette gebilliget, wodurch das Band der Ehe nicht aufgelöst werde. Heutzutage müsse man sich also blos nach der *L.* 25. *D. h. t.* richten. Unter diesen veränderten Umständen müsse denn auch eine retentio ob res amotas wieder Statt finden, wenn sie auch von Justinian sey aufgehoben worden.

Allein diese Gründe würden doch nur allenfalls auf Katholiken passen, mithin die Zulassung dieser Klage unter Protestanten nicht aufheben. Ueberdem behauptet man auch nicht ohne Grund, daß selbst bey den Katholiken,

99) S. *Jac* Raevardus de Praeiudiciis Lib. I. cap. 7. 8. et 9.

100) S. *Jac.* Cujacius in libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 27. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 180.) *Jo.* Suarez de Mendoza Commentarior. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. 1. nr. 11. et 12. (Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 141.) und Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXV. Not. g. pag. 80.

1) *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXII. Err. 3. *Reinh.* Bachovius Tr. de Actionibus Diss. V. Th. 12.

wenn die Ehe durch eine lebenslängliche Scheidung der Ehegatten vom Tisch und Bett getrennt worden ist, wenigstens die actio rerum amotarum utilis nicht für unstatthaft zu halten sey [2]. Denn das Canonische Recht nimmt ja auch die in dem Römischen Recht bestimmten poenae divortii an [3]. Ja selbst wenn Gütergemeinschaft unter den Ehegatten Statt findet, und die Communion durch Ehescheidung aufgehoben wird, ist kein Grund einzusehen, warum nicht der durch Amotion von dem einen Gatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen zugefügte Schaden dem Urheber aufgerechnet, oder nach bereits erfolgter Theilung durch diese Klage nicht sollte verfolgt werden können.

§. 1284. h.

Die actio rerum amotarum ist eine Condictio gegen Anton Faber.

Daß die actio rerum amotarum eine condictio sey, sagt nicht nur Gajus *Libro IV. ad Edictum provinciale*, woraus die *L. 26. D. h. t.* genommen ist, ganz bestimmt, sondern eben dieses beweist auch die Aehnlichkeit dieser Klage mit der condictio furtiva. Denn sie steht, wie diese, auch dem Eigenthümer zu [4], ist eine actio personalis, rei persecutoria, und eine actio perpetua [5]; sie hat ferner mit allen Condictionen gemein, daß sie nicht infamirt [6], und kann auch, wie die con-

2) S. Bachovius c. l.

3) *Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.*

4) *L. 24. D. h. t.*

5) *L. 21. §. 5. h. t.*

6) *L. 36. D. de Obligat. et Action. L. 2. C. h. t.*

dictio furtiva, auf Ersatz des gestiegenen Werths der entwendeten Sache gerichtet werden [7]. Gleichwohl bestreitet Anton Faber [8]) gegen die ausdrücklichen, auf einer übereinstimmenden Lesart beruhenden Worte jener Stelle des Gajus, deren Richtigkeit noch überdem durch die Basiliken [9]) bestärkt wird, den aufgestellten Satz; und will, statt der allgemein anerkannten Lesart:

Rerum amotarum actio *condictio* est,

entblößt von aller Auctorität, condictio NON est, lesen. Allein die Gründe dafür sind eines Anton Fabers unwürdig, und würden keine Widerlegung verdienen, wenn sie nicht schon von Reinhard Bachov [10]) so gründlich wären geprüft und so ausführlich widerlegt worden. Daß die actio rerum amotarum dem bestohlnen Ehegatten nicht nur, wenn er Eigenthümer der ihm entwendeten Sachen ist, sondern auch dann zusteht, wenn ihm, bey Entwendung einer fremden Sache, daran gelegen ist, daß die Amotion nicht geschehen wäre [11]), hat seinen Grund darin, weil sich der bestohlne Ehegatte gegen den Entwender nicht so, wie gegen einen andern Dieb, der actio furti bedienen kann [12]). Die dem bestohlnen Ehegatten gegebene actio rerum amotarum mußte also hier die Stelle beyder Klagen, der actio furti und der condictio furtiva vertreten. Deswegen aber hört sie nicht auf eine Con-

7) *L.* 29. *D. h. t.*

8) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 7. 8 et 9.

9) Tom. IV. pag. 429. Const. 26. Ἀπαιτητική ἐστιν ἡ περὶ ἀφαιρέσεως πραγμάτων ἀγωγή.

10) Tr. de Actionib. Disp. V. Th. 10.

11) *L.* 17. §. 3. *D. h. t.*

12) *L.* 1. *L.* 28. *D. h. t.*

diction zu seyn. Mit Recht ist daher jene Fabrianische Emendation, die man eher eine Corruption nennen könnte, verworfen worden [13]). Zum Ueberfluß könnte man ihr noch eine Stelle aus des Paulus *libro III. ad Neratium* entgegensetzen. Es ist die *L.* 19. *D. de condictione furtiva*, wo es heißt:

Julianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem in peculium respondit.

§. 1284. i.

Zuweilen findet während der Ehe die condictio furtiva Statt. *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

Zum Beschluß ist noch eines besondern Falles zu gedenken, wo gegen die Regel die condictio furtiva während der Ehe Statt findet. Paulus trägt ihn *libro VII. ad Sabinum* vor, woraus die *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* genommen ist. Die Worte lauten so:

Sed et cum uxore furti agere possibile est: si ei, cui heredes simus, furtum fecit, — tamen, propter reverentiam personarum, — *furtivam* tantum *condictionem* competere, non etiam furti actionem, dicimus.

13) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. ad Pandect. P. I. Disp. XLIX. Th. 6. (Wissenbach spricht hier das harte Urtheil über den großen Anton Faber aus, daß er ihn einen homo corrumpendae iurisprudentiae natus nennt. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVII. Not. g. pag. 79. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 26. D. h. t. pag. 367. und *Bav.* Voorda Thes. Controv. Decad. XIV. §. 7.

Die Frau hatte denjenigen bestohlen, dessen Erbe nachher der Mann geworden war. Hier kann der Mann auch während der Ehe ex causa furtiva gegen die Frau klagen. Denn der Mann klagt hier nicht als Mann, sondern in der Eigenschaft eines Erben, in welcher das Recht des Erblassers auf ihn übergegangen ist. Doch hat man hier die Achtung für die Person wenigstens insofern berücksichtiget, daß dem Ehemann nicht die actio furti, sondern nur die condictio furtiva gestattet wird [14]). Die actio rerum amotarum, oder eine andere dem Ehemann sonst zu Gebote stehende Klage konnte hier schon darum nicht Statt finden, weil der Mann nicht selbst bestohlen war. Es fehlte also an einem wesentlichen Erforderniß der actio rerum amotarum [15]).

14) S. *Jo. Lud.* Conradi Jus P. R. civile e Digestis Justiniani h. t. §. 3.

15) *Reinh.* Bachovius Tract. de Actionib. Disp. V. Th. 7. Not. c. pag. 173.

Lib. XXV. Tit. III.

De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

§. 1285.

Was heißt agnoscere liberos? Was alere liberos? Was sind Alimenta? Wenn fällt die Verbindlichkeit dazu weg?

War die Frau, oder ihr Vater, in dessen Gewalt sie noch war, an der Ehescheidung Schuld, und es waren Kinder aus dieser Ehe vorhanden, so hatte zu Ulpians[16]) Zeiten bey der Restitution der Dos eine retentio ob liberos Statt. Denn nichts schien billiger zu seyn, als daß die Ernährung der Kinder, wozu auch vorzüglich die Dos bestimmt war, nun nicht allein dem Manne zur Last fallen durfte. Justinian[17]) hat nun zwar diese retentio ob liberos aufgehoben, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur; indessen veranlaßte doch das ältere Recht die Ordnung dieses Titels, so wie es die Verwandtschaft der Materie mit sich brachte, bey der Pflicht der Eltern zur Ernährung der Kinder, auch von der Pflicht der Kinder

16) *Fragm. Tit. VI.* §. 10.

17) *L. un.* §. 5. *Cod. de rei uxoriae act.*

zur Ernährung ihrer dürftigen Eltern, und eben so auch wegen des ähnlichen Rechtsverhältnisses zwischen Patronen und Freygelassenen von deren gegenseitigen Verbindlichkeit zu Alimenten zu handeln [18]. Weil jedoch die Pflicht zur Ernährung der Kinder eine Anerkennung derselben voraussetzt; so war es nöthig zugleich die Vorsichtsmaasregeln zur Begründung der actio praeiudicialis de partu agnoscendo zu bestimmen, sowohl für Kinder, die während der Ehe, als insonderheit für diejenigen, welche noch nach der Ehescheidung gebohren worden sind, um die Aechtheit derselben dadurch ausser Zweifel zu setzen, oder wenigstens eine dem Beweis gleichstehende Vermuthung zu begründen. Daher machen die zwey darauf sich beziehenden Senatusconsulte, das Plancianische und das Hadrianeische, den Hauptinhalt dieses Titels aus. Es ist jedoch nöthig, zuförderst die Ausdrücke *agnoscere* und *alere liberos*; so wie die Bedeutung des Worts *alimenta* [19])

18) S. *Jac.* Cujacii Paratitla in libros L. Digest. h. t.

19) Die vorzüglichsten Schriften zu diesem Titel sind. *Jo. Pet.* Surdi Tr. de Alimentis. *Francof.* 1595. f. *Math.* Colerus de Alimentis. *Lipsiae* 1596. rec. *Coloniae* 1710. *Scip.* Gentilis de Alimentis lib. sing. *Francofurti* 1606. 8. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 4. §. 9 — 15. Vol. VII. pag. 43 — 50. (edit. *Norimb.* 1824. 8.) *Ern. Mart.* Chladenii ex doctrina de alimentis capita quaedam controversa. *Viteb.* 1759. 4. *Frid. Es. a* Puffendorf de obligatione alendi, in Observation. iur. univers. Tom. IV. Obs. 166. *Jo. Dav.* Lembke Diss. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum. *Goett.* 1755. 4. und *Christ. Gottl.* Eisenstuk Diss. quae iura in alendis et educandis liberis secundum statum natura-

zu erklären. *Agnoscere liberos*, heißt sich zum Vater eines Kindes bekennen, ein Kind für das seinige anerkennen. *Alere* heißt, den Unterhalt reichen. Das Wort *Alimenta* [20]) aber, wird bald in einer weitern, bald in einer engern Bedeutung genommen [21]). Es kommt zunächst darauf, ob die Alimente dem Berechtigten aus einem Vertrage, oder Vermächtniß, oder aus gesetzlicher Verordnung gebühren. Im ersten Fall bestimmt die Uebereinkunft der Paciscenten, im andern der Wille des Erblassers gewöhnlich den Umfang derselben. Hierauf ist also vor allen Dingen zu sehen.

Nach gesetzlicher Bestimmung aber umfaßt der Ausdruck Alimente, Unterhalt, alles, was zur Erhaltung des Körpers und der Gesundheit erfordert wird, also nicht blos körperliche Nahrung, sondern auch Kleidung und Wohnung, so wie die nöthigen Arzeneyen. Die Gesetzstellen sind.

L. 6. D. de alimentis vel cibar. legat. JAVOLENUS *libro II. ex Cassio.* Legatis alimentis *cibaria*, et *vestitus*, et *habitatio* debebitur, quia sine his ali corpus non potest.

lem et civilem obtineant, praes. *Christ. Dan.* ERHARDO def. *Lipsiae* 1794.

20) Dieses Wort wird zuweilen auch in Singulari gebraucht. So kommt *L.* 5. §. 18. *D. h. t.* alimentum decretum vor. Eben so *alimonium*, und *alimonia. L.* 4. *D. eod. L.* 73. §. 1. *D. de iure dot.* S. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. veter. pag. 339. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 24. Not. 22. (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 315.) und BRISSONIUS de Verbor. iur. Significat. voc. *Alimonium.*

21) S. *Jo. God.* BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. *Lipsiae* 1727. §. 1.

L. ult. D. eodem. PAULUS *Libro IV. ad Neratium.* Rogatus es, ut quendam *educes:* ad victum necessaria ei praestare cogendus es. PAULUS: cur plenius est *alimentorum* legatum, ubi dictum est, et *vestiarium* et *habitationem* contineri? Imo ambo exaequanda sunt.

Gleichbedeutend mit dem Wort alimenta ist das Wort *victus*, welches Ulpian erklärt.

L. 43. D. de Verbor. Signif. ULPIANUS *libro LVIII. ad Edictum.* Verbo VICTUS continentur, quae esui, potuique, cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque *victus* habere vicem, LABEO ait.

Daß auch Arzeneyen zu den Alimenten gerechnet werden, lehrt folgende Gesetzstelle.

L. 44. D. eodem. GAIUS *Libro XXII. ad Edictum provinciale.* Et cetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.

Man kann hierher auch noch eine andere Stelle aus GAII *libro VII. ad Edictum provinciale* rechnen; es ist die *L. 45. D. de Usufructu.* Sicut impendia cibariorum in servum, cuius ususfructus ad aliquem pertinet, ita et *valetudinis impendia* ad eum respicere natura manifestum est.

Da das Wort *victus* von vivo herstammt, so läßt sich die ausgedehnte Bedeutung, welche die Gesetze damit verknüpfen, sehr wohl erklären. Daß indessen nicht alle Römischen Juristen hierin einverstanden gewesen sind, erhellet aus folgender Stelle des Gajus.

L. 234. §. 2. *D. de Verbor. Signif.* Verbum *vivere* quidam putant ad cibum pertinere. Sed Ofilius ad Atticum ait, his verbis et vestimenta et stramenta contineri: sine his enim vivere neminem posse.

Es ist diese Stelle aus desselben *libro tertio ad legem duodecim Tabularum* genommen, wo Gajus das Gesetz der zwölf Tafeln erklärt, nach welchem insolvente Schuldner, welche dem Gläubiger waren zuerkannt worden, und daher, wie Sklaven, in Ketten ihre Schuld abverdienen mußten, in dem Falle da sie sich nicht selbst ernähren konnten, den Lebens-Unterhalt von ihrem Gläubiger erhalten sollten [22]). Nach dieser Stelle waren nun zwar einige Rechtsgelehrten der Meinung, daß der Lebens-Unterhalt nur auf Kost und körperliche Nahrung gehe, allein die ausgedehntere Bedeutung erhielt den Vorzug.

Daß die Alimentation auch Erziehungs- und Unterrichtskosten in sich begreife, kann wohl nicht bezweifelt werden [23]). Ob aber auch die Studirkosten zu den Alimenten zu zählen sind, ist streitig. Sind die Alimente vermacht; so werden die Kosten, quae ad disciplinam

22) S. *Jac.* Cujacii ad Tit. de Verbor. Signif. Commentar. ad LL. 43. et 44. h. t. besonders *Jo.* Goeddaei Commentar. repetitae praelect. in Tit. eund. ad LL. easdem. pag. 511. sqq. und Heinr. Ed. Dirksen's Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Cap. VIII. Tab. III. 3. und 4. Fragment. S. 243. und S. 251. ff.

23) S. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 642.

pertinent, ausdrücklich ausgeschlossen [24]). Gleichwohl sollen einem Unmündigen, der die Bonorum possessio ex Edicto Carboniano erhalten hat, mit dem Unterhalt auch die Studienkosten vorgestreckt werden [25]). Ja selbst die Kosten des Unterrichts einer unmündigen Tochter in den freien Künsten durch eigene Privatlehrer werden mit den Alimenten in eine Klasse gesetzt [26]); so wie es denn überhaupt den Vormündern zur Pflicht gemacht wird, ihren Pflegbefohlnen nach der Beschaffenheit ihres Vermögens, und dem Stande ihrer Geburt Lehrer zu halten, und zu belohnen [27]). So sind also Gesetzstellen für und wider die Studirkosten vorhanden. Kein Wunder, daß die Rechtsgelehrten hier getheilter Meinung sind. Diejenigen [28]), welche läugnen, daß sie zu den Alimenten zu rechnen sind, sagen, die Verbindlichkeit zur Erziehung, welche den Eltern allerdings obliegt, schließe die Verbindlichkeit zu den Studien, d. h. zu einer gelehrten Bildung, nicht nothwendig in sich. Es komme vieles auf den Stand und die Beschaffenheit der zu ernährenden Personen an. Die Gesetze hätten diesem Aufwand auf die Pietät und Billigkeit gegründet [29]), der Vater könne daher auch die

24) *L.* 6. *D. de alimentis vel cibar. legat.*

25) *L.* 6. §. 5. *D. de Carbon. Edicto.*

26) *L.* 4. *D. Ubi pupillus educari vel morari debeat.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. XXI. Digestor. Juliani. (*Opp.* a Fabroto *edit.* Tom. III. pag. 143. sq.)

27) *L.* 12. §. 3. *D. de administ. et peric. tutor.*

28) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 4. §. 9. (Vol. VII. pag. 44. edit. *Noric.*) besonders Carl Pfizer über die Collation der Descendenten §. 122.

29) *L.* 50. *D. familiae ercisc.* *L.* 15. *Cod. de negot. gest.*

Studienkosten der Collation unterwerfen, was bey den blossen Unterhalt, den er den Kindern gegeben hat, nicht Statt finde [30]). Gleichwohl fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [31]), welche die Studirkosten zu den Alimenten, wenigstens ad alimenta civilia rechnen, von denen nacher die Rede seyn wird. Die erste Meinung verdient jedoch unstreitig den Vorzug. Denn so wenig es auch einigem Zweifel unterworfen ist, daß der Vater seine Kinder zu nützlichen Bürgern des Staats zu erziehen schuldig ist; so wenig kennt doch das Civilrecht ein Rechtsmittel, wodurch die Söhne den Vater anhalten könnten, sie auf seine Kosten gerade studiren zu lassen. Hierzu kommt, daß die Studienkosten in den Gesetzen [32]) von den Alimenten deutlich unterschieden werden.

Zuweilen wird der Ausdruck *alimenta* in einer so engen Bedeutung genommen, daß darunter nur die Kost verstanden, alles Uebrige aber, was sonst unter dieser Benennung begriffen ist, zu den onera liberorum gerechnet wird, wozu der Vater verpflichtet ist. Hierher gehört die Stelle aus Ulpiani *libro II de officio Consulis.*, wo es nach *L.* 5. *§.* 12. *D. h. t.* heißt:

Non tantum *alimenta*, verum etiam *cetera quoque onera liberorum* patrem ab iudice cogi praebere, Rescriptis continetur.

30) S. Pfizer a. a. O.

31) S. Brissonius de Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Signif. voc. *Alimenta.* Westenberg de causis Obligation. Diss. VIII. Cap. 3. §. 17. Carrach Diss. de iussu patris in conferendis studiorum sumtibus rato vel irrito. §. 7. Schoepff Diss. de sumtibus studiorum. Cap. XVII. §. 19. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 558.

32) *L.* 4. *D. Ubi pupill. educari deb. L.* 6. §. 5. *D. de Carbon. Edicto.* S. *Wennemar.* Redeker Diss. de collatione sumtuum studior. Cap. II. §. 7.

Die Basiliken[33]) haben diese cetera onera liberorum erklärt von Kleidung und Wohnung, und der griechische Scholiast[34]) hat dabey die Bemerkung gemacht, daß Beydes sonst unter den Alimenten begriffen sey, so wie überhaupt alles, was zur Erhaltung des Lebens und zum Schutz und Heilung des Körpers nöthig ist.

Zu den Alimenten rechnen viele[35]) auch noch die Processkosten, wenn der Proceß an sich rechtmäßig ist, und derjenige, den man die Alimenten schuldig ist, sonst kein Vermögen hat, wovon er diese Kosten bestreiten könnte[36]). Die Praxis hält dieß wenigstens für billig, weil diese Kosten doch zum Zweck haben, dem zu Ernährenden dadurch Lebensmittel zu verschaffen[37]).

Die Größe der Alimenten hängt übrigens nicht von gegenseitiger Willkühr der Personen ab, sondern der Rich-

33) Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 5. pag. 752. *ἐσθῆτα καὶ οἴκησιν*, *vestem* et *habitationem*.

34) *Basilic.* Tom. IV. pag. 754. Sch. b. *Ταῖς διατροφαῖς καὶ ἡ ἐσθὴς καὶ ἡ οἴκησις, καὶ τὰ πρὸς τὸ ζῆν ἀναγκαῖα, καὶ πρὸς φυλακὴν καὶ φροντίδα τοῦ σώματος ἐπιτήδεια περιέχεται.* i. e. *Alimentis etiam vestis et domicilium*, *et ad vivendum necessaria*, *quaeque tuendo*, *curandoque corpori sunt*, *continentur.*

35) *Aug.* *a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXXXIV. medit. 5. et Vol. V. Specim. CCCXIII. medit. 5. et 6. Schweppe Römisches Privatrecht §. 642. vorzüglich *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. V. cap. V. cap. 28—30.

36) *L.* 27. §. 3. *D. de inoffic. testam.* *L.* 7. *Cod. de ordine cognition.* (VII. 19.) *Cap.* 11. *X. de Accusationib.* (V. 1.)

37) S. Leyser Vol. cit. II. Spec. LXXXIV. medit. 5. pag. 209.

ter bestimmt sie nach dem Bedürfniß der zu ernährenden Personen, und dem Vermögen desjenigen, dem die Pflicht der Ernährung obliegt [38]). Der Richter kann auch im Weigerungs-Falle die ihm überhaupt zu Gebote stehenden Zwangsmittel, z. B. Auspfändung, gebrauchen [39]). Bey der Bestimmung dieser Größe wird nun entweder zugleich auf den Stand der Personen, oder blos darauf gesehen, was zur Lebens-Nothdurft erfordert wird. Auf solche Art unterscheidet man zwischen *alimenta civilia*, standesmäßigen Unterhalt, und *alimenta naturalia*, blos nothdürftigen Lebens-Unterhalt [40]).

Die Verbindlichkeit zur Alimentation fällt weg, wenn 1) derjenige, dem man sonst den Unterhalt schuldig ist, sich selbst ernähren kann. Jedoch wird dabey vorausgesetzt, daß er sich auch seinem Stande gemäß ernähren könne, und nicht, der erforderlichen Fähigkeit ungeachtet, durch körperliche Schwächlichkeit daran gehindert sey. Es tritt auch hier das richterliche Ermessen ein. Hierauf deutet Ulpian hin, wenn er *libro II. de officio Consulis* [41]) sagt:

38) *L.* 5. §. 7. 10. 19. *et* 25. *D. h. t. Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 6. *in fin.* S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. Cap. 4. §. 9. Vol. VII. pag. 44. edit. *Norimb.* und Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. § 242. pag. 74. edit. pr.

39) *L.* 5. §. 10. *D. h. t. L.* 1. *C. de executione rei iudic.*

40) *L.* 1. §. 19. *D. de ventre in possession. mittendo.* (XXXVII. 9.)

41) *L.* 5. §. 7. *D. de agnosc. et alend. lib.* S. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 25. nr. 5. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 14. Besonders *Jo. God.* Bauer Diss. de patre ad liberos, qui bona habent alendos obligato. *Lips.* 1727. §. 10.

Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. Denique idem PIUS ita rescripsit: *Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatum eius: si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis.*

Der blosse Besitz von Gütern, wenn die Einkünfte derselben zur Ernährung nicht hinreichen, hebt die Verbindlichkeit zur Alimentation des Besitzers nicht auf [42].

2) Wenn sich der zu Ernährende eines solchen Vergehens gegen den Verpfleger schuldig gemacht hat, weshalb selbst Kinder enterbt werden können [43]. Ulpian sagt a. a. O. *L. 5.* §. 11. *D. h. t.*

Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater, quod merito filios suos nolit alere. Trebatio denique Marino rescriptum est, merito patrem eum nolle alere, *quod eum detulerat.*

Man pflegt jedoch dieses Gesetz nur auf den standesmässigen Unterhalt zu beziehen. Die Verbindlichkeit zur Leistung des nothdürftigen Unterhalts wird auch durch Undankbarkeit

42) *L. ult.* §. 5. *Cod. de bonis, quae liberis.* S. BAUER Diss. cit. §. 11 — 18. Man vergleiche auch VOET h. t. §. 15.

43) *Nov. XXII. cap.* 26 *et* 27. und *Nov. CXV. cap.* 3 *et* 4. S. ACCURSIUS ad L. 5. §. 11. h. t. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 4. §. 9. in fin. u. MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 242. nr. 2.

nicht aufgehoben [44]. Die Verbindlichkeit zur Alimentation endiget

3) der Tod sowohl der zu ernährenden Person, als des Verpflichteten. Die Erben des letztern sind dazu nicht verbunden [45], wofern nicht ein Vertrag oder letzter Wille ihnen diese Verbindlichkeit auflegt [46]. Nur die Erben der Kinder sollen mit Alimentation höchstbedürftiger Eltern fortfahren. Ulpian sagt *L.* 5. §. 17. *D. h. t.*

Item rescriptum est, heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere: *nisi in summam egestatem pater deductus est.*

Endlich fällt die Verbindlichkeit zur Alimentation

4) von selbst weg, wenn derjenige, welcher sonst dazu verbunden ist, bey seinem geringen Vermögen sich selbst kaum ernähren kann. Hier geht die Pflicht der Selbsterhaltung vor [47].

44) *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 7. Aug. a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XVIII. medit. 5. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 559. Thibaut System des Pandect. Rechts. I. B. §. 350. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 642. a. E.

45) *L.* 8. *D. h. t.* S. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. XIII. Cap. 3. (Tom. III. pag. 8. edit. noviss. et splendidiss. *Bruxellis* 1746. f.) Voet h. t. §. 18. Hofacker c. l. Mühlenbruch c. l. nr. 3. und Schweppe a. a. O.

46) *L.* 16. *pr. D. de aliment. vel cibar. legat.* (XXXIV. 1.) *L.* 9. *D. de probat.* Hofacker c. l.

47) Arg. *L.* 2. *Cod. de alendis liberis ac parentib.* Man führt zwar gewöhnlich die *L.* 8. *D. h. t. L.* 17. *D. de re iudic.* und §. 40. *J. de Action.* zum Beweise an.

Soweit erstreckt sich jedoch die Verbindlichkeit zur Alimentation nicht, daß der Verpflichtete auch die Schulden des Alimentars zu bezahlen verbunden wäre, wie ebenfalls Ulpian sagt *L. 5. §. 16. D. de agnosc. et alend. liber.* Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen *aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium*, rescriptum est.

§. 1286.

Wem ist die Pflicht aufgelegt Kinder zu ernähren?

Die Pflicht der Alimentation haben die Gesetze den Ascendenten gegen die Descendenten, und diesen gegen jene aufgelegt. Sie betrachten dieselbe als eine Pflicht, die schon die Natur beyden gegenseitig auflegt, und welche die Civilgesetze bestätigen. Daher kommt das Verhältniß der väterlichen Gewalt hier nicht in Betrachtung, wie Ulpian lehrt *libro II. de officio Consulis.* Es ist die *L. 5. pr. et §. 1. D. h. t.* wo es heißt:

Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet.

Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, *etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere.*

Eben dieses bestätigt Justinian in der *L. 8. §. 5. Cod. de bonis, quae liberis.*

Allein man sehe Bauer Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. §. 21.

Ipsum autem filium, vel filiam, filios, vel filias, et deinceps alere patri necesse est, non propter hereditates, sed *propter ipsam naturam, et leges, quae et a parentibus alendos esse liberos imperaverunt*, et ab ipsis liberis *parentes*, si inopia *ex utraque parte* vertitur.

Soviel nun I. die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder anbetrifft; so ist dieselbe

A) und zunächst dem Vater aufgelegt, so fern die Kinder kein eigenes Vermögen haben, aus dessen Einkünften sie standesmässig erhalten und erzogen werden können, noch auch sonst durch ihre Kunst und Wissenschaft sich selbst ihren standesmässigen Unterhalt zu erwerben fähig sind [48]. Denn die Regel ist, jeder muß sich selbst ernähren, die Pflicht andere zu ernähren ist, auch selbst bey Eltern, blos subsidiarisch [49]. Hat jedoch der Vater einem vermögenden Kinde die Alimente gegeben, ohne die Absicht des einstweiligen Vorschusses weder durch Worte noch Handlungen zu erkennen gegeben zu haben; so wird wegen der Pietät eine Schenkung angenommen [50]. Der Vater ist nun

48) *L.* 5. §. 7. *D. h. t.* S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 14 et 15. a Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 73. und besonders *Jo. God.* Bauer Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. §. 10. sqq. S. auch Hufelands Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 854.

49) *L.* 5. §. 13 *et* 19. *D. h. t.* Wernher Select. Observation. for. Tom. III. P. II. Obs. 282.

50) *L.* 50. *D. Famil. ercisc. L.* 34. *L.* 44. *D. de negot. gest. L.* 5. *C. ad SCtum Macedonian. L.* 11. *Cod. de negot. gestis.* S. Bauer Diss. cit. §. 18 et 19. Thibaut System des Pandect. Rechts. 1 B. §. 350.

1) den legitimen Kindern, sie mögen ehelich gebohrne, oder Adoptiv-Kinder seyn, nicht blos den nothdürftigen Lebensunterhalt, d. h. soweit es nöthig ist, ihnen das Leben zu fristen, (alimenta naturalia) sondern standesmässigen Unterhalt (alimenta civilia) zu reichen schuldig, so wie es die Umstände seines Vermögens mit sich bringen [51]. Vorausgesetzt, daß sie nicht wider seinen Willen, auf eine unerlaubte Art, sich eine gewisse Lebensart gewählt, noch sich durch grobe Undankbarkeit dieses Rechts unwürdig gemacht haben, in welchem Falle ihnen nur der nothdürftige Lebensunterhalt gebührt [52]. Die Verpflichtung zur Alimentation tritt übrigens mit dem Augenblick des Bedürfnisses, also gleich mit der Geburt der Kinder ein, und dauert fort, bis die Kinder sich selbst ihren Unterhalt verschaffen können. Die Kaiser Diocletian und Maximian haben zwar *L. 9. Cod. de patria potestate* rescribirt:

Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciata poena, item praeiudicium Edicto perpetuo propositum, et remedium alimentorum apud Praesidem *maiori trimo petenti*, nomine eius monstratum, iure manifesto declarant.

Allein daß der Vater zur Alimentation des Kindes in den ersten drey Jahren nichts herzugeben brauche,

51) *L.* 5. §. 7. 10. *et* 12. *D. h.* t. S. Ehrenberg Diss. de aequali parentum auxilio. *Lips.* 1728. Cap. II. §. 3. Hufeland a. a. O. §. 856.

52) S. Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 347. und Hufeland's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 859. Not.

läßt sich deswegen nicht behaupten. Denn was in diesem Gesetz gesagt wird, hat seine Beziehung darauf, daß die römischen Mütter ihre Kinder drey Jahre an ihrer Brust zu säugen pflegten[53]. So lange nun das Kind die Muttermilch genießt, werden freylich dem Vater die Kosten für Nahrungsmittel erspart, aber die übrigen Alimenten und Kosten für Kleidung, Pflege, Wartung und Arzneymittel fallen dem Vater gleich mit der Geburt des Kindes zur Last. Denn die Gesetze sehen auf keinen Unterschied der Zeit[54]. Die Gesetze wollen sogar, daß, um eines noch nicht gebohrnen Kindes willen, der Mutter der standesmäßige Unterhalt aus der Erbschaft des Vaters gereicht werden soll, damit der foetus im Mutterleibe keine Noth leide. Ulpian sagt *libro XLI. ad Edictum*[55]:

Mulier autem in possessionem missa, ea sola, *sine quibus foetus sustineri, et ad partum usque produci non possit*, sumere ex bonis debet, et in hanc rem curator constituendus est, *qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius, atque mulieris.*

53) S. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Diss. XXVII. §. 13. (*Operum* a Jungio editor. Tom. III. pag. 274.) und Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 396.

54) *L.* 4. *L.* 5. *pr. et* §. 1. 7. 10. *et* 12. *D. h. t. L.* 3. *et* 4. *C. de alendis liberis ac parentib.* S. *Car. Frid.* Walch Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 5. pag. 98. (edit. IV. curante *Car. Ern.* Schmid). Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 349. und Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. II. B. §. 856.

55) *L.* 1. §. 19. *D. de ventre in possessionem mittendo.*

Daß dieses um des Kindes willen geschehe, sagt auch Gajus *libro XIV. ad Edictum provinciale*[56]):

Curator *ventris* alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit: *quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestare, qui in utero est.*

Müssen also einem noch ungebohrnen Kinde die Alimente aus der väterlichen Erbschaft von dem Curator gegeben werden, um wie viel mehr muß nicht diese Verbindlichkeit dem Vater bey der Geburt des Kindes obliegen? Ulpian sagt es ja in der erstern Stelle ausdrücklich, daß mehr, als Speise und Trank, zu den Alimenten erfordert werde[57]).

Um jedoch noch einmal auf die *L.* 9. *Cod. de patria potestate* wieder zurückzukommen, so ist noch zu bemerken, daß, statt *denunciata* poena, Cujaz[58]) richtiger *denunciati* poena liest. Denn ohne Zweifel ist hier von der Strafe die Rede, welche das Plancianische Senatusconsult dem Manne auflegte, wenn er auf die ihm von der Frau geschehene Anmeldung ihrer Schwangerschaft geschwiegen, und weder einen Widerspruch eingelegt, noch Aufseher geschickt hatte, deren Ulpian *L.* 1. §. 4. *h. t.* gedenkt, und von welcher in der Folge die Rede seyn wird. Maritus ab uxore *denunciatus* kommt also hier in eben dem Sinne vor, in welchem Paulus *L.* 49. *pr. D. de iudiciis* von dem venditor ab emtore denunciatus spricht; und *denunciati*

56) *L.* 5. *D. eodem.*

57) S. Bauer Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. §. 6.

58) Observation. Lib. XIX. Cap. 40.

poena ist also die poena mariti, cui facta est denunciatio. Das *praeiudicium Edicto perpetuo propositum*, dessen ebenfalls in der L. 9. C. cit. Erwähnung geschieht, ist die actio praeiudicialis de partu agnoscendo, welche der Prätor in seinem Edict eingeführt hat, wie Justinian §. 13. *J. de actionib.* sagt. Endlich das *remedium alimentorum apud Praesidem maiori trimo petenti, nomine eius monstratum*, ist das Rechtsmittel, wovon in der ganzen *L. 5. D. h. t.* die Rede ist, vermöge dessen dem Kinde die Alimente durch den Consul oder Präses ausser der Ordnung zuerkannt werden sollten, welches auch ein Anderer im Namen des Kindes anstellen konnte. Cujaz will daher, statt petenti, richtiger petendi lesen [59]. Uebrigens wird dieses Gesetz noch in der Folge mehr Aufklärung erhalten. Hier ist es nur wegen des unrichtigen Verstandes der Worte *maiori trimo* [60] zur Sprache gekommen, und ich bemerke daher noch, daß dieser Irrwahn, als ob der Vater erst nach drey Jahren zur Alimentation seines Kindes verpflichtet sey, auch in das Canonische Recht übergegangen

59) In der glossirten Ausgabe des Hugo a Porta, *Lugduni* 1592. f. wird ebenfalls bemerkt, daß in quodam exemplari, quod diligentius recognitum videtur, gelesen werde: *maiori trimo petendi.*

60) Charondas bemerkt in seiner Ausgabe des Codex, Antwerpen 1575. f. daß in einigen Handschriften statt *trimo petenti*, termino petendi gelesen werde. Allein die Lesart *trimo* ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Das Wort *trimus*, für ein dreyjähriges Kind, kommt auch in der Lex Papia Poppaea vor, wie aus Ulpiani *Fragm. Tit. XVI.* §. 1. erhellet. Man sehe *Jo. Gottl.* Heineccii Commentar. ad Leg. Juliam et Papiam Poppaeam. Lib. II. Cap. 15. §. 6. pag. 284.

ist, wie aus dem *Cap.* 2. X. *de conversione infidelium* erhellet, wo der Pabst Gregor *IX.* schreibt: et pueri *post triennium* apud patrem non suspectum ali debeant et morari. Die Glosse erklärt dieses aus der *L.* 9. *C. de patr. pot.* und beruft sich auf folgende Verse, welche damals ganz bekannt gewesen seyn müssen.

Mater alit puerum trimum, trimoque minorem:
Maiorem vero pascere patris erit.

Kein Wunder, daß viele sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [61]) diesem Vorurtheile gehuldiget haben [62]).

Die Alimentationsverbindlichkeit des Vaters dauert nun fort, bis die Kinder selbst sich standesmässig zu ernähren vermögend sind, und wird weder durch die Befreyung derselben von der väterlichen Gewalt, noch durch die Heyrath derselben geändert. Ulpian sagt ganz bestimmt in der *L.* 5. *§.* 1. *D. h. t.*

Et magis puto, *etiamsi non sunt liberi in potestate*, alendos a parentibus.

61) *Alphons.* a Caranza de partu naturali et legitimo. Cap. III. §. 3. nr. 25. Colerus de Alimentis Lib. I. Cap. 6. nr. 4. Covarruvias de Matrimonio P. II. Cap. 8. §. 6. nr. 19. *Diod.* Tuldenus Comment. ad Codicem Lib. V. Tit. 25. nr. 6. *Hartm.* Pistoris Observation. singular. libr. Obs. XCVII. nr. 6. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 6. *Corn. van* Eck Princip. iur. civ. sec. ord. Digestor. P. II. h. t. §. Alendi. pag. 105. Malblanc Principia iuris Rom. P. I. §. 122. u. a.

62) Man vergleiche noch besonders *Car. Frid.* Knorre Diss. de alimentis a matre liberis praestandis. (*Halae* 1756. 4.) Cap. I. §. 15.

Hat der Sohn geheyrathet, vorausgesetzt, daß es mit Einwilligung des Vaters geschehen ist; er sey nun in der väterlichen Gewalt geblieben, oder nicht; so ist der Vater seiner Schwiegertochter so gut, wie dem Sohne, den standesmässigen Unterhalt zu geben schuldig, wenn der Sohn selbst nicht vermögend ist [63]).

2) Unehelichen Kindern war der Vater nach den Gesetzen der Pandecten die Alimente zu geben noch gar nicht verpflichtet, selbst den mit einer Concubine erzeugten Kindern nicht. Es erhellet dieß nicht nur aus *L.* 1. §. 6. *D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Idem (sc. Divus *Pius*) rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, *si constiterit apud iudicium* [64]), *iuste eam procreatam* [65]);

63) *L.* 20. §. 2. *D. Familiae erciso.* S. Bauer cit. Diss. §. 8.

64) Die nicht florentinischen Ausgaben, als Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus, auch die neueste von Beck lesen alle apud iudicem.

65) Voet in Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5. will zwar das *iuste* überhaupt von einer erlaubten Verbindung verstehen, dergleichen auch der Concubinat bey den Römern gewesen sey, in quantum per leges nomen assumsit, wie Marcian *L.* 3. *in fin. D. de Concubinis* sage. Allein das Wort *iustus*, oder *iuste procreatus* wird nur von einem solchen Kinde gebraucht, welches in einer gesetzmäßigen Ehe erzeugt worden ist. *L.* 11. *et* 12. *D. de statu hom. L.* 12. *D. de Adopt. L.* 3. §. 5. *D. de bonor. poss. contra tabb.* Voet räumt indessen nachher selbst ein, daß wenn man unter der filia iuste procreata, eine filia legitima verstehen will, dieses ältere Recht wenigstens durch das neuere abgeändert worden sey; und in soweit hat er auch Recht.

sondern eben dieses bestärkt auch Modestin *L.* 7. *D. h. t.* welche aus desselben *Lib. V. Responsorum* genommen ist, wo er sagt:

Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit: alimenta quidem liberis praestare interim compellendum: sin autem constiterit, eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondit [66]).

Der Concubinat war zwar seit der Lex Papia Poppaea eine erlaubte Verbindung, aber nie eine coniunctio legitima. Es war ein beissender Scherz, in welchem der Kaiser Aelius Verus bey Spartian [67]) sagte: *Uxorem* dignitatis esse nomen, concubinam voluptatis. Daher sagte man auch eben so von den liberis naturalibus, sie wären *sine patre filii* [68]),

66) Mehrere Ausgaben lesen *generari respondi*, wie Haloander, Baudoza und Beck. Andere *generari respondit*, z. B. Miräus und Merlinus.

76) *In vita Aelii Veri.* Cap. 5.

68) Man vergleiche hier vorzüglich Heineccii Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 4. §. 4. pag. 169. sqq. und *Ge. Zach.* Winckleri Diss. de genuino concubinatus ex mente Legum Romanar. conceptu. *Lipsiae* 1744. §. 15. wo aus mehreren alten Inscriptionen bey Gruterus und Reinesius erwiesen worden ist, daß man die filios naturales mit den Buchstaben *S. P.* bezeichnet habe, welches nicht so viel als Spurius, sondern *Sine Patre* geheißen habe, wie auch Plutarch in *Probl. Quaestion Roman.* pag. 288. bemerkt hat.

wie man von andern unehelichen Kindern, welche man spurii oder vulgo quaesiti nannte, zu sagen pflegte, daß sie keinen Vater hätten, quasi *ἀπάτορες*[69]). Denn es war Grundsatz: *pater est, quem iustae nuptiae demonstrant*[70]). Von einer Alimentationsverpflichtung des Vaters konnte daher bey den Concubinenkindern so wenig, wie bey andern unehelichen Kindern, die Rede seyn. Nur über die aus rechtmäßiger Ehe erzeugten Kinder gab das alte Röm. Recht die väterliche Gewalt dem Vater[71]), und auch nur solchen Kindern war der Vater zur Alimentation verpflichtet[72]). Alle übrigen ausser der Ehe erzeugten Kinder wurden, wie Plutarch[73]) bemerkt, so betrachtet, als wenn sie keinen Vater hätten, auch selbst die Concubinenkinder nicht ausgenommen, von denen Isidor[74]) sehr treffend sagte: *solam naturam eos genuisse, non honestatem coniugii.* Der natürliche Vater war daher um so weniger verbunden, ihnen Alimente zu reichen, da ihm die Gesetze[75]) in Ansehung derselben ius nomenque patris versagten. Bey ihnen trat blos die Lex naturae ein, welche, wie Ulpian *L.* 24. *D. de statu hominum* lehrt, gebietet, ut, qui nascitur sine legitimo

69) §. 12. *I. de Nupt.* §. 4. *I. de Success. cognator. L.* 23. *D. de Statu hom.*

70) *L.* 5. *D. de in ius vocando.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 116. a. Not. 54. S. 91.

71) *L.* 3. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*

72) *L.* 5. §. 6. *D. h. t.*

73) *Quaestion. Rom.* pag 316. edit. *Francof.*

74) *Origin.* Lib. IX. Cap. 3.

75) *L.* 7. *Cod. de naturalib. liberis et matrib. eorum:* in fin.

matrimonio, *matrem* sequatur. Es läßt nun hieraus sehr wohl erklären, wenn Justinian in der *Praefat. Nov. LXXXIX.* sagt: Naturalium liberorum nomen leges Romanae olim nullo studio nullaque humanitate prosecutae sunt, sed barbarum et a Republica plane alienum credebatur. Erst seit Constantin dem Großen finden sich wegen derselben Verordnungen im Theodosianischen Codex, welche aber zum Theil verlohren gegangen, und nun zum Theil von Amedeus Peyron [76]) wieder hergestellt worden sind. Diese Constitutionen hatten jedoch mehr Abschaffung des Concubinats, als Begünstigung der Concubinenkinder zum Zweck. Denn so wie Kr. Constantin durch die Erlaubniß der Ehe mit der Concubine, dem Vater den Weg zur Erwerbung der väterlichen Gewalt über die im Concubinat mit ihr erzeugten Kinder öffnete, und dadurch auch indirect die Concubinenkinder vor andern unehelichen Kindern begünstigte, indem nur sie dadurch die Rechte der ehelich gebohrnen Kinder erhielten [77]); so verordnete er aus Haß

76) S. Codicis Theodosiani fragmenta inedita, ex codice palimpsesto bibliothecae R. Taurinensis Athenaei in lucem protulit, atque illustravit Amedeus Peyron. *Augustae Taurinorum* 1824. 4. Vorzüglicher noch Codicis Theodosiani libri V. priores, recognovit, additamentis insignibus a Waltero Friderico Clossio et Amedeo Peyron repertis aliisque auxit, notis subitaneis, tum criticis, tum exegeticis, nec non quadruplici appendice instruxit *Car. Frid. Chrtst.* Wenck. *Lipsiae* 1825. 8. Lib. IV. Tit. 6. pag. 211. sqq.

77) Es war ohne Zweifel die bis jetzt noch nicht wiedergefundene *L.* 1. *Cod, Th. de naturalibus filiis*, deren der K. Zeno *L.* 5. *Cod. Iust. eodem* gedenkt.

gegen den Concubinat, daß nicht nur alle Schenkungen, welche der Vater seinen natürlichen Kindern, oder deren Mutter gemacht hat, an seine legitimen Kinder zurückfallen, sondern auch die Erbschaften derjenigen, welche weder legitime Kinder, noch fratres consanguineos, sororesve, oder einen Vater, sondern blos liberos naturales, hinterlassen hätten, mit Ausschließung aller übrigen Verwandten, selbst der fratrum uterinorum, dem Fiscus anheimfallen sollten [78]. Diese Härte milderte zwar Kaiser Valentinian I, indem er dem Vater erlaubte, in dem Falle, da er legitime Descendenz, oder einen Vater oder Mutter hinterläßt, und mit einer Concubine Kinder gezeugt hat, diesen oder auch ihrer Mutter eine Unze d. h. $\frac{1}{12}$. im Testament zu hinterlassen, oder durch Schenkung zuzuwenden; im Falle er aber keine der genannten Personen hinterläßt, den natürlichen Kindern, oder ihrer Mutter, bis auf 3 Unzen d. i. den vierten Theil seines Vermögens zu geben [79]. Eben dieses bestätigte auch nochmals der K. Theodosius [80]. Dennoch war bis dahin

78) *L.* 2. *Cod. Th. de natur. lib.* und Wenck ad h. L. not. z. et a. pag. 212.

79) *L.* 4. *C. Th. eodem.* nach Wenck pag. 217. sq. nach Gothofredus in Commentar. ad Cod. Th. *L.* 1. *eodem.* Tom. I. pag. 392. sqq. edit. *Ritter.*

80) *L.* 6. *C. Th. eodem.* S. Wenck. pag. 220. sq. Hierdurch erklärt sich nun auch, wenn Justinian in *Praefat. Nov. LXXXIX.* sagt. A temporibus vero Constantini piae memoriae *in libris Constitutionum* id scriptum est: paulatim deinde Imperatores ad moderatiorem et humaniorem sententiam descendentes, leges tulerunt, quibus alii quidem permiserunt, ut a patribus quid illis daretur vel relinqueretur, alii vero modum invenerunt, quo priore naturalium con-

in keiner dieser Constitutionen von einer Alimentations-Verpflichtung des Vaters die Rede. Erst K. Justinian nahm sich der natürlichen Kinder ernstlicher an, indem er nicht nur die Art ihrer Legitimation, sondern auch das testamentarische Erbrecht derselben erweiterte [81]. Er gab auch den natürlichen Kindern mit ihrer Mutter zuerst ein Intestaterbrecht nämlich in dem Falle, da der Vater weder legitime Descendenten noch eine rechtmässige Ehefrau hinterläßt, wo sie dann gemeinschaftlich mit der Mutter den sechsten Theil seines Vermögens erben sollten [82]. Hierbey machte es denn aber Justinian zur ausdrücklichen Bedingung, es müsse ausser Zweifel seyn, daß der Erblasser mit der Mutter derselben wirklich im Concubinate gelebt, dieselbe also nicht nur bey seinem Leben mit ihm in einem Hause gewohnt habe, sondern auch mit ihr diese Kinder erzeugt, und von dem Erblasser als seine Kinder erzogen und ernährt worden sind. Hierher gehört die *Nov. XVIII. Cap. 5.* welche nach Hombergk folgendermassen lautet:

Consideremus autem id quoque, quod circa solos *liberos naturales* humanum sit. — Parentibus enim liberorum naturalium in eorum etiam favorem testari permisimus, legitima quidem sobole existente, de una solum uncia, quam illi cum matre habeant, quod etiam antea obtinebat; legitimis vero liberis non existentibus, etiam *de ditione liberati*, et legitimi et paternae substantiae heredes fierent.

81) *L. 8. et sqq. Cod. Just. de natural. liberis.*

82) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 127.

midia totius substantiae parte; quod leges a nobis latae dicunt, patribus non solum in testamento, sed etiam reliquis donationibus, quas inter vivos faciunt, id agere permittentes. Haec autem constitutio *de successione ab intestato* loquetur, et novi quid exponet. Si enim quis moriatur non relicta legitima sobole, liberis scilicet, aut nepotibus, aut sequentibus successoribus, aut legitima coniuge, et de substantia sua nihil disponens moriatur, — ille vero domi mulierem, dum viveret, ut concubinam, et liberos ex ea habuerit, (illis enim solis haec sancimus, *quando et concubinae, quae in domo fuit, affectio, et naturalium ex ea liberorum generatio et educatio plane indubitata est)* [83]), concedimus iis, ut parentibus ab inte-

83) Ganz abweichend ist hier die versio vulgata. In dieser heißt es: (talibus enim solis haec sancimus, ubi omnino indubitatae sunt sive concubinae in domo habitae, sive naturalium ibidem proles) *et nutrimentum damus eis*, et intestato parentibus morientibus duas habere uncias paternae substantiae, cum matre partiendas. Nach dieser Version hätte also Justinian den Concubinenkindern einen rechtlichen Anspruch auf Alimentation ertheilt, auch wenn sie ab intestato dem natürlichen Vater succediren. Allein mit dem griechischen Text stimmt dieß nicht überein. In diesem lautet die Parenthese so: (τοῖς γαρ' τοιούτοις μόνοις ταῦτα νομοθετοῦμεν ἔνθα παντελῶς ἀναμφισβήτητος ἐστὶν ἥ τε τῆς παλλακῆς κατὰ τὸν οἶκον σχέσις, ἥ τε τῶν νόθων ἐκεῖσε γονή τε καὶ τροφή). Die Worte καὶ τροφή gehören also nicht zu den nachfolgenden δίδομεν αὐτοῖς. S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 130. Not. 20. S. 483.

stato morientibus, duas uncias paternae substantiae, quotcunque etiam fuerint liberi, cum matre dividendas habeant, adeo etiam ut mater pro rata unius filii accipiat.

In einer neuern Verordnung, nämlich in der Novelle *LXXXIX.* Kap. 12. §. 4., hat Justinian nicht nur das Nämliche wiederholt, sondern auch zugleich verordnet, das die natürlichen Kinder in dem Falle, da sie wegen des Daseyns legitimer Kinder ab intestato nichts erhalten, von den letztern wenigstens anständigen Unterhalt, nach der Beschaffenheit des Vermögens des Vaters, und einer darnach zu machenden billigen Bestimmung des Richters, bekommen sollen. Diese Alimente sollen ihnen auch in dem Falle, da zwar keine legitimen Kinder vorhanden sind, der Erblasser aber eine rechtmäßige Gattin hinterlassen hat, von den Erben desselben gereicht werden. Die hierher gehörige Stelle aus der Nov. 89. Kap. 12. ist §. 6. welcher folgendermassen lautet:

Si quis autem (oportet enim omnem diligentiae simul pietatisque viam inire) cum legitimos liberos habeat, etiam *naturales* relinquat, eos *ab intestato* nihil plane habere volumus: sed sancimus, *ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum a bono viro aestimando, alantur*: id quod a nostris legibus *boni viri arbitratu* dicitur. Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, *ut et illi a successoribus eius alantur.*

So ist es denn nach dem Römischen Rechte keinem weitern Zweifel unterworfen, daß Concubinenkinder von ihrem Vater einen billigmässigen Unterhalt, und solchen in

dem Falle, da sie ihm ab intestato nicht succediren, auch noch von den Erben desselben fordern können. Den natürlichen Enkeln steht hingegen dieses Recht nicht zu, wie aus den letzten Worten des §. 6. erhellet, wo Justinian sagt:

Nam quod ad *nepotes naturales* attinet, illa obtineant, quae iam a nobis diserte de iis disposita sunt [84]).

In Ansehung der übrigen unehelichen Kinder blieb das ältere Recht unabgeändert. Man betrachtete sie als Kinder, qui patrem demonstrare non possunt, wie Modestin [85]) sagt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et *spurii* appellantur. Nur von der Mutter konnten diese Kinder Alimente fordern, wie Ulpian sagt *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Ergo et matrem cogemus praesertim *vulgo quaesitos liberos* alere [86]). Besonders merkwürdig ist die Constitution, welche Kaiser Justinian wegen der aus Ehebruch und Blutschande erzeugten Kinder gegeben hat. Es ist *Nov. LXXXIX. Cap.* 15. welche nach Hombergk also lautet:

Ultima vero legis pars nos exspectat, ut et ipsa convenientem ordinem accipiat, atque enumeremus, qui ne ipso quidem nomine naturalium

84) *L.* 12. *C. de naturalib. liberis.*

85) *L.* 23. *D. de Statu hom.*

86) S. Lemke Diss. cit. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentor. §. 36. sqq. Bauer Diss. cit. §. 4. und *H. C.* Stever Diss. An e iure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios? Rostochii 1816. 8.

digni sint. Ac primum quidem omnis, qui ex nefariis, vel incestis, vel damnatis complexibus (neque enim nuptias vocabimus) nascitur, *is nec naturalis vocabitur, nec a parentibus aletur:* nec cum hac lege quid commune habebit.

Dieses Gesetz wird zwar auf verschiedene Art erklärt [87]. Noodt [88]) glaubt sogar, der Kaiser habe in diesem Falle den Eltern wieder erlaubt, die Kinder auszusetzen, und umkommen zu lassen, hoc praetextu, quasi e re publica esset, hoc modo expungi memoriam foedissimi sceleris, et aliis quotidiano occursu talium liberorum ad peccandum facile daturi exemplum. Ich glaube aber nicht, daß es Justinian's Meinung gewesen, diesen Kindern allen Unterhalt zu entziehen. Wie hätte ihm entgehen können der Ausspruch des Paulus in seinen Pandecten *L. 4. D. h. t.* NECARE videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abiicit, *et qui alimonia denegat?* Ich verstehe das Gesetz vielmehr so, daß solche Kinder, welche aus einem Ehebruch oder Incest erzeugt worden sind, nicht die Rechte der Concubinenkinder, und folglich auch keinen Anspruch auf Alimente gegen den Vater haben sollen, wie der ganze Zusammenhang lehrt [89]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, nach der Billigkeit des Canonischen Rechts [90]) ist solchen Kindern auch selbst der Vater den nothwendigen Lebens-

87) S. meine Intestaterbfolge. §. 137.

88) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Haec.* Tom. II. *Oper.* pag. 534.

89) S. meine Intestaterbfolge §. 137. S. 507. f.

90) *Cap.* 5. *X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium*, nach der Böhmerischen Ausgabe

unterhalt zu geben schuldig, indem es beyden Eltern die Pflicht auflegt, für ihre im Ehebruch oder sonst ex damnato complexu erzeugten Kinder zu sorgen. Die Praxis legt daher unbestritten dem Vater, nach der Analogie des Canonischen Rechts, überhaupt die Pflicht auf, unehelichen Kindern aller Art, wenigstens die natürlichen Alimente, und zwar noch vor der Mutter, zu geben [91].

vom P. CLEMENS III. nach Gonzalez Tellez aber vom P. COELESTINUS III. — Nosti enim, quod LEO Papa statuit, ut nullus ducat in matrimonium uxorem, quam adulterio polluit. — Sollicitudinis tamen tuae intererit, *ut uterque liberis suis procreatis provideat, et secundum quod eis suppetunt facultates sustentationi eorum necessaria subministret.* Mehrere läugnen zwar, daß das Römische Recht hierin durch das Canonische abgeändert worden sey. S. Spangenberg Ueber die Verpflichtung der Aeltern, ihre im Ehebruch erzeugten Kinder zu alimentiren. (im Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer, 1. B. Nr. V. S. 83—95. und Faucher Noch ein Beytrag zur Rechtfertigung des doctrinellen Lehrsatzes: auch nach dem canonischen Recht ist den aus Ehebruch erzeugten Kindern eine Klage auf von dem ehebrecherischen Vater zu reichende Alimente nicht gegeben. (in eben demselben Archiv 3. B. Nr. XXVI. S. 441 — 448.). Allein man sehe meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge 2. Aufl. §. 137. S. 509 — 519. Mit mir stimmen überein MÜHLENBRUCH Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 242. Not. 6. pag. 75. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 348. und Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1287. S. 176.

91) S. CARPZOV Jurispr. for. Part. IV. Const. XXVII. Def. 5. *J. H.* BOEHMER Jur. eccles. Protest. Tom. V.

§. 1287.

Gewißheit der Paternität 1) bey ehelichen Kindern. *Actio praeiudicialis de partu agnoscendo.* Darauf sich beziehenden Senatusconsulte. *Plancianum*, und sub *Hadriano* factum.

Soll aber dem Vater die Verbindlichkeit zur Ernährung seiner Kinder obliegen, so muß die Paternität erwiesen seyn. Hier ist nun in Ansehung der Kinder ein Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen. Soviel

I) die ehelichen Kinder anbetrifft, so wird zwar, wenn in possessorio darüber gestritten wird, kein vollständiger Beweis erfordert, sondern für hinreichend gehalten, wenn nur soviel dargethan werden kann, daß das Kind von dem bisher als eheliches Kind behandelt worden sey, von welchem, oder aus dessen Erbschaft die standesmäßigen Alimente verlangt werden [92]). Im petitorischen Rechtsstreite hingegen wird Anerkennung des Kindes erfordert. Hier lassen sich nun zwey Fälle gedenken. Ich erkenne ein Kind für das meinige, entweder weil ich es wirklich gezeugt habe, und mich zum Vater desselben bekenne; oder ich erkenne ein Kind, dessen Ursprung gegenwärtig für mich noch räthselhaft ist, für das meinige,

Lib. V. Tit. 16. §. 14. Idem iur. Digestor. h. t. §. 7. Carrach Adnotat. ad *Boehmeri* doctrin. de Actionib. Sect. II. Cap. 1. §. 29. pag. 84. sq. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 557. Not. b. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 348. und *Ge. Jac.* Lindner Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos. *Altorf.* 1796. §. 3. et 4.

92) *L. 3. §. 4. D. de Carbon. Edicto. Cap. 10. X. de probat.* S. Struben's rechtliche Bedenken 3 Th. Bed. CXXXI. und Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1287.

weil ich dasselbe, wegen eines besondern Umstands, nach Verordnung der Gesetze für das meinige anerkennen muß, wenn auch gleich die Paternität gegen mich noch nicht erwiesen ist. In jenem Falle gründet sich die Anerkennung auf Paternität, und regulirt den Zustand der Filiation so, daß derjenige, welcher sich einmal zum Vater des Kindes bekannt hat, diese Situation durch keine Präjudicialklage mehr verrücken kann [93]. In dem letzten Falle aber enthält das Factum der Agnition noch kein Geständniß der Paternität, sie setzt mich zwar vor der Hand in das Verhältniß eines Vaters gegen das Kind, und verpflichtet mich zur Ernährung, worauf gegen mich geklagt worden ist; aber es muß mir der Beweis des Gegentheils, daß ich nämlich nicht Vater des Kindes sey, welches ich auf diese Art anerkennen mußte, nachgelassen werden [94].

Verweigerung der Agnition eines dem Ehemann von seiner rechtmässigen Ehefrau gebohrnen Kindes berechtiget

93) *Nov. CXVII. Cap.* 2. Praeterea etiam illud sancire nobis visum est, si quis filium vel filiam ex libera uxore, cum qua matrimonium consistere potest, suscepit, et in instrumento, sive publico, sive propria manu conscripto, et subscriptionem trium testium fide dignorum habente, vel in testamento, vel ad acta, illum vel illam, filium suum vel filiam esse dicat, nec addat naturalem: ut liberi illi legitimi sint, neque ab ipsis ulla alia probatio exigatur, sed omnibus iuribus fruantur, quae legitimis liberis leges nostrae praebent: quippe cum illorum pater eos, ut dictum est, liberos suos vocet. Exinde enim eum etiam cum matre eorum legitimum habuisse matrimonium probatur, ut neque ab illa ad matrimonii fidem alia probatio requiratur.

94) *L.* 1. §. 12. 13. 14. *et* 15. *D. h. t. L.* 7. *D. eodem.*

die Frau gegen den Mann zu klagen. Die Klage ist die Präjudicialklage *de partu agnoscendo*, welche Justinian in seinen Institutionen [95]) unter diejenigen Präjudicialklagen setzt, die aus der Jurisdiction des Prätors ihren Ursprung herleiten, das heißt, durch das prätorische Edict eingeführt worden sind [96]). Von den Kaisern Diocletian und Maximian [97]) wird sie daher praeiudicium *Edicto perpetuo* propositum genennt. Es ist diejenige Präjudicialklage, welche die Mutter gegen den Vater ihres Kindes auf Anerkennung und Alimentation desselben anstellt [98]). Diese Klage unterscheidet sich von andern Präjudicialklagen darin, daß sie nur der Mutter gegen den Vater des Kindes, aber weder dem Vater gegen die Mutter, noch dem Kinde gegen den Vater zusteht [99]). Schon der Name der Klage rechtfertiget diese Behauptung. Denn das Kind wird nie in Rücksicht des Vaters, sondern nur immer im Verhältniß zur Mutter partus genennt. Nur diese fordert also mit der gegenwärtigen Klage vom Vater die Agnition ihres Partus.

95) §. 13. *J. de Actionib.*

96) Das Wort iurisdictio wird in den Gesetzen öfters für edictum genommen. S. Vinnius Comm. ad §. 5. I. de Actionib. nr. 4.

97) *L.* 9. *Cod. de patria potest.* Man vergleiche noch *Car. Frid.* Walch ad Hoppii Commentar. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. de Actionib. §. 13. nr. 5. not. c. pag. 897.

98) S. Christian Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. Erlangen 1781. 8.

99) Man sehe hier vorzüglich *Arn.* Vinnii Commentar. in Institution. Iustin. ad §. 13. de Actionib. nr. 5. et 6. und *Car. Christph.* Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 501. Not. b.

Hätten die Gesetze auch dem Vater diese Klage geben wollen, so würden sie ihr gewiß den Namen der actio praeiudicialis de partu agnoscendo nicht gegeben haben, weil ja der Vater nicht die Agnition seines *partus* von der Mutter verlangen kann [100]). Was wollte auch der Vater durch diese Klage zu bezwecken suchen? etwa um sich dadurch von der Verbindlichkeit zur Alimentation zu befreyen, und diese Verbindlichkeit auf die Mutter zu wälzen? Denn müßte er aber den negativen Satz, daß er nicht Vater des Kindes sey, zum Klaggrunde aufstellen, und die Präjudicialklage de partu agnoscendo zur negativen umbilden, wie auch Böhmer [1]) wirklich zu behaupten scheint. Allein dieß würde eines Theils ganz gegen die Natur der Klage streiten, andern Theils auch schon darum zwecklos seyn, weil auch selbst die Agnition der Mutter ihn seiner Vaterpflichten nicht überheben kann, wenn er sonst bemittelt, und überhaupt in einer solchen Lage ist, daß er die Verpflegung des Kindes aushalten kann [2]). Berücksichtigte hingegen der Vater, indem er die Agnition seines Kindes von der Mutter sucht, andere Vortheile, die der Filiationsstand des Kindes gegen die Mutter in sich schließt, und die mittelbar auch ihm zu gute kommen; so würde er, da er bey der Filiationssache seines Sohns für sich selbst nicht unmittelbar interessirt ist, nicht sowohl seine eigne, als vielmehr die Rechte seines Kindes geltend machen. Er würde mithin im Namen seines Kindes, und nicht für sich selbst die Klage erheben, und dann könnte doch die Klage, wegen des Abgangs

100) S. Gmelin §. 7. S. 19.

1) Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 1. §. 39.

2) Gmelin's angef. Schrift. §. 9.

seines eignen unmittelbaren Interesse, nicht die actio de partu agnoscendo seyn. Wozu bedarf es denn aber auch überhaupt der besondern Agnition der Mutter, wenn der Vater das von ihr gebohrne Kind für sein eheliches Kind anerkennt? Sie mag ja immerhin behaupten, daß das Kind nicht von ihrem Manne, sondern von einem andern im Ehebruch mit ihr erzeugt sey; so kann doch ein solches Geständniß der Mutter dem Vater in Ansehung des durch die Ehe erworbenen Rechts der väterlichen Gewalt auf keine Weise zum Nachtheil gereichen [3]). Es wäre also erwiesen, daß die Präjudicialklage de partu agnoscendo nur allein der Mutter gegen den Vater ihres Partus zu statten komme. Der Vater kann sich derselben gegen die Mutter des Kindes nicht bedienen. Die Gesetze dieses Titels sprechen überall nur von der Präjudicialklage gegen den Vater [4]). Ob nicht aber auch das Kind selbst durch diese Klage seinen Filiationsstand gegen den Vater geltend machen könnte, wenn der Vater es nicht für sein Kind anerkennen will, ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten getheilter Meinung sind. Mehrere Rechtsgelehrten [5]) bejahen diese Frage ohne Bedenken. Allein schon der Name der Klage widerspricht. Behauptet das Kind durch eine Präjudicialklage seinen Filiationsstand gegen den Vater, der es nicht für sein Kind anerkennen will; so

3) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 139. S. 277.

4) *L.* 1. *L.* 3. *D. h. t.*

5) *Conr.* Rittershusius Commentar. in Institut. Iustin. Lib. IV. Tit. 6. ad §. Praeiudiciales. pag. 619. *Ev.* Otto Commentar. et not. crit. ad Iustin. Institut. ad §. 13. I. de Action. nr. 5. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 257. pag. 108. edit. prim. u. a.

ist diese Präjudicialklage die affirmative Filiationsklage, aber keinesweges die actio praeiudicialis de partu agnoscendo [6]). Man vernehme noch die Erläuterung, welche Theophilus [7]) von unserer Präjudicialklage giebt. Er sagt:

Τοιαύτη δέ ἐστι καὶ ἡ *in rem praeiudicialis de partu agnoscendo*, ἤτοι περὶ τοκετοῦ διαγνώσεως· οἷον, εἶχον ἐγὼ γαμετήν· ἐγκύμων γέγονεν ἐξ ἐμοῦ· διελύθη ῥεπουδίῳ ὁ γάμος· ἐτέχθη παῖς· οὐκ ἠβουλόμην τοῦτον τρέφειν· δύναται κινεῖν κατ' ἐμοῦ ἡ γυνή, ἀναγκάζουσά με ὥστε θρέψαι τοῦτον τὸν παῖδα, καὶ ἀναγκάσει με, εἴγε ἀποδείξῃ ὅτι ἐξ ἐμοῦ γέγονεν ἐγκύμων. d. h. Von dieser Art ist auch die actio in rem praeiudicialis de partu agnoscendo, oder über die Anerkennung des Kindes. Zum Beyspiel, ich hatte eine Gattin, sie wurde von mir schwanger; die Ehe ward durch Scheidung getrennt; es wurde ein Knabe gebohren, diesen wollte ich nicht erziehen; die Frau kann gegen mich klagen, um mich zur Alimentation des Kindes anzuhalten, und sie wird mich dazu nöthigen, wenn sie beweist, daß sie von mir schwanger geworden sey.

6) *L. ult. Cod. de alend. lib.* Die *L.* 3. §. 1. *D. de lib. causa*, welche dagegen angeführt zu werden pflegt, gehört gar nicht hierher. S. *Jac. Thom.* Gaudlitii Diss. de actionibus familiae praeiudicialibus. *Lipsiae* 1767. §. 9. Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 378. ff. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 366. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 106. Malblanc Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. P. I. §. 125.

7) *Paraphr. graeca Institut. Lib. IV. Tit.* 6. §. 13.

Weil jedoch der Beweis der Paternität mit vielen Schwierigkeiten verbunden ist, so sind zur Erleichterung desselben, und zur Begründung dieser Präjudicialklage zwey Senatusconsulte gegeben worden, nämlich das Plancianische, und ein anderes, welches unter dem Kaiser Hadrian gemacht worden ist, worin die Fälle näher bestimmt sind, in welchen die Frau zu dieser Klage ihre Zuflucht nehmen, und der Mann das von ihr gebohrne Kind entweder anerkennen muß, oder der Paternität widersprechen kann. In der oben angeführten *L. 9. C. de patria potestate* werden sie Senatusconsulta de partu agnoscendo genennt [8]). Es sind darin zwey Fälle berücksichtiget. Der Streit über Anerkennung eines Kindes zwischen Mann und Frau entsteht entweder erst nach der Ehescheidung, oder noch während der Ehe. In jenem Falle hat das Senatusconsultum Plancianum die Bestimmungen genau angegeben, unter welchen die geschiedene Gattin den Mann zur Anerkennung und Alimentation ihres Partus auffordern kann. In dem letzten Fall aber, da die noch wirkliche Ehefrau wegen eines unläugbar während der Ehe erzeugten Kindes sich genöthiget sieht, die Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen ihren Mann zu erheben, der es nicht anerkennen will; begründet das

8) Die actio praeiudicialis de partu agnoscendo ist also durch diese Senatusconsulte nicht erst eingeführt worden, wie Donellus in Comm. ad §. 13. I. de Action. dafürhält; sondern die Klage erhielt nur durch diese Senatusconsulte ihre detaillirtere Bestimmung in der Anwendung auf die mancherley dahin gehörigen Fälle. S. *Jac.* Raevardus Varior. Lib. I. cap. 18. *Conr.* Rittershusius in Commentar. ad §. 13. I. de Actionib. in fin. pag. 620. und Gmelin §. 1. Not. d. S. 8.

andere Senatusconsult die rechtliche Vermuthung der Paternität auf ihrer Seite, und das Kind muß so lange, bis das Gegentheil von dem Beklagten dargethan ist, für ein rechtmässiges Kind desselben erklärt werden. Von beyden Senatusconsulten handelt Ulpian *libro XXXIV. ad Edictum*, von dem ersten *L.* 1. *h. t.* von dem andern *L.* 3. §. 1. *eodem.*

§ 1287. a.

Erläuterung des Plancianischen Senatusconsults, besonders der *L.* 1. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *et* 16. *h. t.*

Ulpian sagt, das Senatusconsultum Plancianum [9]) habe aus zwey Theilen bestanden; der erste habe

9) In vielen Ausgaben wird dieses Senatusconsultum *Plautianum* genennt. Man sehe Haloander, Baudoza, Merlin und Miräus ad L. 1. §. 10. et ad L. 3. §. 1. D. h. t. Die Glossatoren nennen es auch nie anders. Eben so *Alphons. a* Carranza in Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. I. Sect. I. nr. 35. pag. 27. Allein die florentinische Lesart ist unstreitig die richtigere. S. *Ant.* Schultino Notae ad Dig. seu Pandect. edit. a *Smallenburg*. Tom. IV. h. t. ad L. 3. §. 1. pag. 371. Denn wahrscheinlich hat dieser Senatsschluß seinen Namen vom Plancius Varus, dessen Tacitus *Histor. II.* 63. gedenkt, und welcher nach einer griechischen Münze unter Vespasian Proconsul Ciliciae war. Da nun nur viri consulares diese Würde zu bekleiden pflegten, so ist sehr glaublich, daß dieser Plancius vorher vielleicht unter eben diesem Kaiser Consul suffectus gewesen, welche in den Fastis consularibus nicht erwähnt werden. Das Alter des Senatusconsulti Planciani wird daher nicht ohne Grund in die Zeiten des Kaisers Vespasian gesetzt. S. *Jo. Gottl.* Heineccii Histor. iur. civ. Lib. I. Cap. IV. §. 234. *Jo. Aug.* Bach Hi-

von Anerkennung, der andere von Unterschiebung der Kinder gehandelt [10]). Der erste Theil gehört nur eigentlich hierher. Ulpian hat uns den Inhalt desselben aufbehalten, und ihn folgendermassen dargestellt.

Permittit igitur mulieri, parentive, in cuius potestate est, vel ei, cui mandatum ab eis est, si putet praegnantem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito, vel parenti, in cuius potestate est: aut domum [11]) denuntiare, si nullius eorum copiam habeat [12]).

Et mulier quidem denunciat hoc tantum, se esse ex eo praegnantem: non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus, sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnans: mariti

stor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. III. §. 55. und *Andr. Guil.* Crameri D. Vespasianus sive de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. *Jenae* 1785. pag. 143. sqq. et pag. 157. Soviel ist richtig, daß das SCtum Plancianum noch vor den Zeiten des Ks. Hadrian gemacht seyn müsse, wie aus dem Zeugniß Ulpians erhellet *L.* 3. §. 1. *h. t.* Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian S. 583. der 8. Aufl. setzt es unter die der Zeit nach ungewissen Senatsschlüsse.

10) *L.* 1. *pr. D. h. t.* Senatusconsultum, quod factum est *de liberis agnoscendis*, duas species complectitur: unam eorum, *qui agnoscunt:* aliam earum, *quae falsum partum subiiciunt.*

11) Haloander liest *ad* domum denuntiare, Merlin, Baudoza und Miräus haben das Wort *ad* eingeklammert. Allein der Ausdruck *domum denunciare* kommt öfters vor. S. *L.* 4. §. 5. *D. de damno infecto.*

12) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

autem est, iam aut mittere custodes, aut ei denuntiare, quod non sit ex eo praegnans. Hoc autem vel ipsi marito, vel alii nomine eius facere permittitur [13]).

Poena autem mariti ea est, ut nisi aut custodes praemiserit, aut contra denuntiaverit, non esse ex se praegnantem, cogatur maritus partum agnoscere, et si non agnoverit, extra ordinem coerceatur. Debebit igitur respondere, non esse ex se praegnantem, aut nomine eius responderi. Quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit [14]).

Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere. Sed si maritus ultro custodes offerat, et ea non admittat: vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit: liberum est marito parentive eius, partum non agnoscere [15]).

Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnantem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnans sit [16]). Quae causa si fuerit acta

13) *L.* 1. §. 3. *h. t.*

14) *L.* 1. §. 4. *h. t.*

15) *L.* 1. §. 5. *et* 6. *eod.*

16) Haloander hat: an ex eo mulier pragnans sit, *nec ne?* Eben so Baudoza, Merlin, Miräus und Beck. Diese Lesart, wenn man die erst nachher in der folgenden Periode erscheinenden Worte *nec ne*, hier mit den Worten praegnans sit verbindet, billiget auch Jau-

apud iudicem, et pronuntiaverit, cum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit, nec ne [17]), in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum [18]).

Das Senatusconsultum Plancianum erlaubt also der geschiedenen Frau, wenn sie glaubt, daß sie schwanger

CHIUS Meditat. crit. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. XVII. 11.

17) Die Worte: *nec ne*, fehlen bey Haloander, Merlin, Baudoza, Miräus und Beck. JAUCHIUS in Meditat. crit. de Negation. Pandect. Florentin. Cap. XVIII. 1. pag. 336. meint auch, sie stünden hier ganz am unrechten Orte. Hier müßten sie weggestrichen werden, weil ja der Judex unmöglich habe aussprechen können, quod ex eo praegnans fuerit, *nec ne*. Soviel ist gewiß, die *Basilica* haben sie nicht. In diesen heißt es Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 1. §. 9. *εἰ δὲ διαγινώσκων ὁ δικαστὴς περὶ τοῦ εἰ ἐξ αὐτοῦ ἐγκυμονεῖ, ἀποφήνεται ἐξ αὐτοῦ ἐγκυμονεῖν, γίνεται γνήσεος ἤτοι ὑπεξούσιος*. i. e. *Si vero iudex cognoscens, an ex eo praegnans sit, praegnantem ex eo pronuntiaverit, suus fit filius*, et *patriae eius potestati subiectus.* Es läßt sich indessen die florentinische Lesart vollkommen rechtfertigen, wenn man mit POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. a. pag. 82. die Worte auf folgende Art construirt: Quae causa si fuerit acta apud iudicem, et, cum de hoc ageretur, (so lesen Baudoza und Merlin) quod (i. e. *an*) ex eo (*viro*) praegnans fuerit, nec ne, pronuntiaverit, in ea causa esse (sc. *partum*), ut agnosci debeat: sive filius non fuit, sive fuit, (*propter rei iudicatae auctoritatem dicendum est*) esse suum. Man sehe auch VOORDA Thes. controvers. Decad. XV. §. 2. in fin.

18) *L.* 1. §. 16. *h. t.*

sey, dem Manne, oder wenn dieser etwa noch in väterlicher Gewalt seyn sollte, dem Vater desselben, binnen den nächsten dreyßig Tagen nach der Ehescheidung, von ihrer Schwangerschaft Nachricht zu geben. Eben dieses Recht steht auch dem Vater der Frau zu, in dessen Gewalt sie noch ist, oder wem sonst die Frau, oder deren Vater den Auftrag dazu geben. Ist keiner zu haben, dem die Anzeige gemacht werden könnte, so kann sie in dem Hause geschehen, welches der Mann in der Stadt, oder auf dem Lande bewohnt, wenn er nur daselbst seinen fixirten Wohnsitz hat. So erklärt hier Ulpian das Wort domus *L.* 1. §. 2. *h. t.* Er sagt:

Domum accipere debemus hospitium [19]), si in civitate maneat: quod si non sit, sed in villa, vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent.

19) Das Wort *hospitium* bezeichnet also hier ein Wohnhaus, worin man sich nicht blos eine Zeitlang, sondern für beständig aufhält; dieß mag nun in der Stadt, oder auf dem Lande seyn. Zwar sagt Ulpian, si in civitate maneat; allein nur in der Beziehung, weil die Landhäuser mehr zum Vergnügen, als zur Wohnung eingerichtet, und daher auch zur Aufnahme von Fremden selten geeignet waren. Daher fügt Ulpian hinzu: quod si non sit, sed in villa, vel in municipio, illic *ubi larem matrimonio collocarent;* um dadurch anzuzeigen, das Haus auf dem Lande müsse ein hospitium, ein Wohnhaus seyn. Die *Villa* oder das *Municipium*, welches hier nichts anders heißt, als vicus agrestis, mußte also als domicilium matrimonii ausersehen seyn. Die hier vorkommenden besondern Wortbedeutungen hat Brissonius nicht bemerkt, man sehe aber *Ulr.* Huber Digression. Iustinian. Lib. I. Cap. 12. §. 3. pag. 501. sq. So

Die Absicht ihrer Denunciation geht nicht dahin, daß der Mann gewisse Personen zur Aufsicht (custodes ventris) schicke. Nein, sie hat das Ihrige gethan, wenn sie ihn von ihrer Schwangerschaft benachrichtiget hat. Dem Manne hingegen kommt es zu, entweder von seiner Seite Aufseher zu schicken, damit nicht die Frau ein falsches Kind unterschiebe, oder solches von einem Andern untergeschoben werde; oder gegen die Denunciation seiner Frau, daß sie von ihm schwanger sey, zu protestiren. Diese Erklärung kann von dem Manne selbst, oder auch von einem Andern im Auftrage des Mannes geschehen.

Hat der Mann weder das eine noch das andere gethan, so muß er zur Strafe den partus anerkennen, und wenn er sich dessen weigert, so wird er durch angemessene Zwangsmittel dazu genöthiget. Wenn Ulpian sagt: et si non agnoverit, *extra ordinem coercetur*; so ist dieses von keiner eigentlichen Strafe zu verstehen, wie Gerh. Noodt [20]) hier sehr richtig bemerkt hat; sondern

erklärt sich nun auch, wenn Ulpian sagt: ubi larem matrimonio collocarent. Ich bemerke hier nur nur noch, daß statt collocarent, viele Ausgaben *collocaverunt* lesen, z. B. Haloander, Baudoza, Merlin und Miräus. *Collocarunt* liest Beck. Benkmann will collocarint, und Schulting in Notis ad Dig. seu Pand. Tom. IV. h. t. ad L. 1. §. 2. pag. 368. *collocarant* lesen.

20) *Julius Paulus.* Cap. 3. (*Oper.* Tom. I. pag. 571.) So erklärt sich nun auch die *denunciata poena*, deren die KK. Diocletian und Maximian *L.* 9. *C. de patria potest.* Erwähnung thun, wofür Noodt mit Cujaz *denunciati poena* lesen will, wie ich auch schon oben S. 65. bemerkt habe. Jedoch glaubt Cramer in Ves-

es geht dieses *coercere* blos auf die civilrechtlichen Zwangsmittel, welche der Prätor hier gebrauchen konnte, nämlich mulctae dictio, und pignorum captio, deren **Ulpian** an einem andern Orte [21]) namentlich gedenkt.

Der Mann darf also auf die Denunciation der Frau nicht stillschweigen, sondern er muß entweder selbst darauf die Erklärung abgeben, oder durch einen Dritten in seinem Namen abgeben lassen, daß sie von ihm nicht schwanger sey. Hat er dieß gethan, so ist er anders nicht schuldig, das Kind als das seinige anzuerkennen, als wenn erwiesen ist, daß es wirklich sein Kind sey.

Die Denunciation nimmt also nicht von dem Manne, sondern von der Frau ihren Anfang, weil nur die Frau wissen kann, und wissen muß, ob sie schwanger sey oder nicht. Schickt jedoch der Mann aus eigner Bewegung Aufseher, und die Frau weigert sich dieselben anzunehmen, oder die Frau hat die Denunciation gänzlich unterlassen, oder sie hat zwar dem Manne ihre Schwangerschaft angezeigt, aber die ihr darauf von dem Manne zugesandten Aufseher nicht zugelassen; so braucht nun auch weder der Mann, noch sein Vater das Kind anzuerkennen.

Hätte aber auch der Mann auf die Denunciation der Frau sogleich widersprochen, daß sie von ihm schwanger sey; so kann er dennoch, wenn er auch gleich der Frau keine Aufseher ins Haus geschickt hat, der Untersuchung, ob sie von ihm schwanger sey, nicht ausweichen. Hat sich's nun bey dieser Untersuchung gefunden, daß sie von

pasiano pag. 164. daß sich die gemeine Lesart denunciata poena auch vertheidigen lasse, wenn man sie so versteht, poena, quae Senatusconsulto comprehenditur.

21) *L.* 1. §. 3. *D. de inspiciendo ventre.*

ihm schwanger sey, und der Richter auch erkannt, daß der Partus in dem Falle sey, wo er von dem Manne anerkannt werden muß, so ist das Kind nun als ein suus filius vom Ehemann anzusehen, er mag Vater dazu seyn, oder nicht. Und zwar nicht blos in Rücksicht der Alimentation, sondern auch in jedem andern Betracht. Fit suus, wie Julian [22]) sagt, *libro XIX. Digestorum, in omnibus causis.* Es wird sogar ein consanguineus von seinen Geschwistern.

Eben so ist es aber auch in dem umgekehrten Falle, wenn der Richter den Ausspruch thut, der Mann sey nicht der Zeuger des Kindes. Hier wird das Kind kein suus vom Ehemann, wenn dieser auch wirklich der Vater des Kindes seyn sollte. So sagt Ulpian *libro* XXXIV. *ad Edictum* [23]):

Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere: et ita Marcellus *libro septimo Digestorum* probat. Eoque iure utimur.

Der Grund ist die Rechtsregel: res judicata pro veritate accipitur [24]). Wofür Jemand einmal rechtskräftig erklärt worden ist, dafür muß er auch nun von einem jeden Andern angesehen und gehalten werden [25]).

22) *L.* 2. *D. h. t.* S. Cujacius ad h. L. Tom. III. *Oper. postumor.* a Fabroto *editor.* pag. 137. et 139.

23) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

24) *L.* 25. *D. de Statu hom.* *L.* 207. *D. de divers. Reg. iur.*

25) S. den 3. Th. dieses Commentars. §. 272. S. 599. f.

§. 1287. b.

Ergänzungen des Plancianischen Senatsschlußes durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten.

L. 1. §. 7 — 15. *h. t.*

Durch die Interpretation der Rechtsgelehrten, besonders des Julians, ist nun dasjenige, was das Senatusconsultum Plancianum unbestimmt gelassen hatte, ergänzt, und dadurch dieser Senatsschluß sehr erweitert worden. Die Hauptsätze, welche durch die Auctorität der Röm. Juristen sind eingeführt worden, lassen sich unter folgenden Nummern zusammenfassen.

I. Hat die Frau nicht binnen der gesetzten Frist von 30 Tagen nach der Ehescheidung, sondern erst nachher dem Mann ihre Schwangerschaft angezeigt, so kann sie gegen diese Versäumniß in integrum restituirt werden, wenn sie eine rechtmäßige Entschuldigungsursache darthun kann. Die Frau kann dabey ausser aller Schuld seyn, sie kann nicht gewußt haben, daß sie schwanger sey, oder sie kann von ihrem Vater verhindert worden seyn. Es kann ihr auch, wie die Glosse bemerkt, ihre Minderjährigkeit zu statten kommen. Ja wenn sie auch die Denunciation ganz unterlassen haben sollte, so schadet dennoch dieses nach der Meinung Julians dem von ihr gebohrnen Kinde nichts, wenn erwiesen werden kann, daß es von dem geschiedenen Manne gezeugt sey. Das Kind kann auch in diesem Falle selbst durch die actio de filiatione affirmativa seine Rechte verfolgen.

L. 1. §. 7. 8. *et* 13. *D. h. t.*

Si mulier esse se praegnantem *intra triginta dies* non denuntiaverit, postea denuntians, causa cognita, audiri debebit.

Quinimmo et si in totum omiserit denuntia-

tionem, JULIANUS ait, nihil hoc nocere ei, quod editur [26]).

Idem per contrarium quoque ait, si mulier, divortio facto, non fecerit ea, quae Senatusconsulto praecipiuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit, eum filium esse.

II. Die dreyßig Tage, binnen welchen die Denunciation geschehen muß, werden vom Tage der Ehescheidung an gerechnet, und sind keine dies utiles, sondern continui [27]).

L. 1 §. 9. *h. t.*

Dies autem triginta *continuos* accipere debemus *ex die divortii*, non utiles.

III. Hat die Frau binnen den dreyßig Tagen nach der Ehescheidung ihre Schwangerschaft dem Mann nicht angezeigt, sie hat aber noch binnen dieser Zeit ein Kind gebohren, so schadet diese Unterlassung weder ihr, noch dem Kinde, wie Ulpian dafür hält. Denn auf diesen Fall, sagt Julian, auf den sich hier Ulpian beruft, finde der Plancianische Senatsschluß keine Anwendung, weil darin die dreyßig Tage blos zur Anzeige der Schwangerschaft vorgeschrieben sind. Das Senatusconsult hat also an den Fall gar nicht

26) In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 1. §. 9. pag. 751. heißt es: *καὶ τῷ τικτομένῳ πρόκριμα οὐ γίνεται, οὔτε περὶ τὰ δίκαια τοῦ υἱοῦ, οὔτε περὶ τὴν ἀποτροφήν.* i. e *et partui nullum praeiudicium fit, neque in iure sui, neque in alimentis.*

27) S. den 3. Th. dieses Commentars. §. 269. a. S. 554 ff.

gedacht, da binnen diesen 30 Tagen schon das Kind gebohren wird.

L. 1. §. 10. *h. t.*

Eleganter autem apud JULIANUM *libro nonodecimo Digestorum* quaeritur, si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit, et intra triginta partum ediderit: an Senatusconsulto locus sit? Et ait, *Plancianum Senatusconsultum cessare: quia de eo partu non videtur sentire, qui intra diem trigesimum nascatur, quippe dies triginta ad denuntiandum praestituit Senatus.* Sed hanc rem non facere praeiudicum *partui* arbitror.

Ulpian sagt zwar hier nur, die Unterlassung der Denunciation sey dem Partus nicht nachtheilig. Allein daraus läßt sich nicht a contrario schließen, daß sie deswegen der Frau oder dem Manne zum Nachtheil gereiche, nämlich daß jene ihr Kind nun selbst ernähren, oder dieser es schlechterdings anerkennen müßte. Nein, keiner von beyden verfällt hier in die Strafe des Senatusconsults. Das ist es, wenn Julian sagt: *Plancianum Senatusconsultum cessare* [28]).

IV. Eben so kann daraus, daß der Mann, auf die geschehene Denunciation der Frau, Aufseher geschickt hat, keine nachtheilige Folge für ihn erwachsen. Er ist dessen ungeachtet immer noch befugt, dem Partus die Paternität streitig zu machen. Denn Marcellus sagt, der Mann läugne, daß die Denunciantin seine Frau, oder daß sie von ihm schwanger sey, er kann deswegen ohne allen Nachtheil Custodes schicken, zumal wenn er bey der Absendung derselben eine Protestation einlegt.

28) S. CRAMER Vespasianus. pag. 161.

L. 1. §. 11. *h. t.*

Quemadmodum per contrarium, si maritus, uxore denuntiante, custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit [29]). Licebit igitur ei partum editum ex se negare: nec ei nocebit, quod ventrem custodierit. Et ita MARCELLUS *libro septimo Digestorum* scripsit: ait enim, *sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem, sine praeiudicio recte mittet custodes: maxime si missurus id ipsum protestetur* [30]).

V. Wenn gleich nach den Worten des Plancianischen Senatusconsultums der Ehemann das von seiner geschiedenen Frau gebohrne Kind für das seinige anerkennen muß, wenn er auf die geschehene Denunciation seiner Frau, daß sie von ihm schwanger sey, weder Custodes geschickt, noch vor Zeugen erklärt hat, daß sie von ihm nicht schwanger sey; so ist er doch deswegen nach Julians Meinung das Kind noch nicht als einen suus heres anzuerkennen schuldig, wenn er beweisen kann, daß es ein partus adulterinus sey. Die gesetzmäßige Anerkennung macht nur, daß er dem Kinde die Alimente geben muß, und dann begründet freylich diese Anerkennung eine starke Vermuthung für das Kind, wenn dereinst über den Status gestritten wird, dessen quaestio hierdurch nicht aufgehoben ist.

29) Brenkman in der Gebauer. Ausgabe meint, daß *faciet* gelesen werden müsse. Die Florent. hat *faciat*. Allein Haloander, und die meisten Ausgaben, auch die neueste von Beck lesen *facit*.

30) Die *Basilica* Tom IV. pag. 750. in fin. haben *ἀκωλύτως γίνεται ἡ περὶ τοῦ τοκετοῦ ζήτησις*. i. e. *citra impedimentum de partu habetur quaestio*.

Bayerische Staatsbibliothek München

L. 1. §. 12. *D. h. t.*

Julianus *libro XIX. Digestorum scripsit:* Quod Senatusconsulto comprehensum est: *Si mulier viro denuntiaverit, se ex eo concepisse, et is, cui denuntiatum erit, custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit, neque contestato* [31]) *dixerit, eam ex se praegnantem non esse, ut ei id, quod editum sit, agnoscere sit necesse*, non eo pertinet, ut, si quis agnoscere [32]) se filium diceret, *suum heredem haberet*, quamvis ex alio conceptus sit: quandoque [33]) enim [34]), inquit, coepit causa agi,

31) *Contestato* i. e. coram testibus. S. Richter Tr. de Significat. Adverbiorum. Voc. *Contestato.* pag. 156. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 751. ist das Wort *διαμαρτύρηται* gebraucht, welches soviel als *contestari* i. e. testibus adhibitis aliquid declarare heißt. S. Brissonius de Verb. Significat. voc. *Contestari.*

32) Haloander liest hier: non eo *pertinere*, ut, *quasi iudicio* agnoscere se filium diceret. Eben so Beck. Ohne Noth emendirt hier Voorda Thes. controvers. Dec. XV. §. 1. und liest: *ut sic*, *quasi agnoscere* etc.

33) *Quandoque* ist hier soviel als quandocunque, wie *Ant.* Schulting Not. ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 369. bemerkt, und Smallenburg Not. 1. aus mehreren Beyspielen erwiesen hat. *Quandocunque* lesen auch einige Ausgaben, z. B. Haloander.

34) Das *enim* erklären einige durch *vero*, wie Voorda Thes. controv. Decad. XV. §. 1. in fin. andere durch *etiam*, wie Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. VI. Not. a. pag. 81. Allein man sehe Cujacii Commentar. in Libr. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 139.)

Bayerische Staatsbibliothek München

grande praeiudicium [35]) adfert pro filio confessio patris.

VI. Hat der Mann auf die Denunciation seiner geschiedenen Frau blos Custodes abgeschickt, ohne zu widersprechen, daß sie von ihm schwanger sey, so muß er den Partus schlechthin agnosciren. So lehrt Paulus [36]):

Si mulier, divortio facto, gravidam se sciat, intra tricesimum diem viro denuntiare debet, vel patri eius, ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quibus missis partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere.

Und nichts scheint wohl natürlicher zu seyn. Denn die Absendung der Aufseher kann ja keine andere Absicht haben, als die Unterschiebung des Partus zu verhindern, und die Gewißheit desselben außer Zweifel zu setzen. Wie kann der Mann hier der Agnition ausweichen, wenn er nichts weiter that, als daß er custodes abschickte? Auf diesen Fall scheint Paulus allein seinen ganzen Vortrag gerichtet zu haben, denn von einer Contradiction, die von Seiten des Mannes geschehen wäre, sagt er nichts. Sein Ausspruch steht also mit Ulpian und Marcellus in keinem Widerspruche, welche den Fall vor Augen hatten, da der Mann der Denunciation seiner geschiedenen Ehefrau widersprochen hat, nämlich daß sie von ihm nicht schwanger sey. Hier kann aus der Absendung der Aufseher für den Ehemann freylich nichts Nachtheiliges gefolgert werden.

35) *Grande praeiudicium* heißt hier soviel als urgens praesumtio. In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 751. lin. 9. wird das Wort πρόληψις gebraucht, welches soviel, als Vermuthung, heißt.

36) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 24. §. 5.

Denn es läßt sich annehmen, daß er die Custodes nur in der Absicht hingeschickt habe, damit, wenn auch die Frau die Paternität erweisen könnte, und er vom Richter für den Vater des Kindes erklärt werden würde, die Unterschiebung eines Kindes dadurch verhindert werden sollte. Es erscheint nun auch hieraus klar, daß Anton Schultings [37]) Emendation in der Stelle des Paulus, welcher, statt quibus missis, verneinend, *quibus* NON *missis* lesen will, eben so kühn, als ganz unnöthig sey [38]).

VII. Hat auf der entgegengesetzten Seite die Frau, nach aufgehobener Ehe, dasjenige nicht beobachtet, was das Senatusconsultum ihr vorgeschrieben hat, so daß also auch der Ehemann nicht schuldig ist, den Partus für sein Kind anzuerkennen; so ist er deswegen nicht von allem weitern Ausspruche frey, sondern er muß, wie Julian behauptet, alsdann immer noch die Alimentation des Kindes übernehmen, wenn erwiesen worden ist, daß der Partus von ihm gezeugt sey.

L. 1. §. 13. *D. h. t.*

Idem per contrarium quoque ait, si mulier, divortio facto, non fecerit ea, quae Senatusconsulto praecipiuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit, eum filium esse.

VIII. Eben so, sagt Julian, ist es, wenn die Frau dem Manne ihre Schwangerschaft angezeigt, und

37) Jurisprud. vet. Antejust. pag. 314. Not. 9.

38) S. VOORDA Thes. controversar. Dec. XV. §. 3. CRAMER Vespasianus. pag. 164. sq. und Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. §. 22. S. 52. ff.

der Mann von seiner Seite nicht widersprochen hat. Hierdurch wird der Partus noch nicht schlechterdings zu seinem Kinde gemacht, ob er gleich denselben ernähren muß. Denn sonst würde daraus die offenbare Ungerechtigkeit entstehen, daß dem Manne, welcher lange Zeit abwesend war, wenn er bey seiner Zurückkunft findet, daß die Frau schwanger ist, und sie deswegen verstößt, ein suus heres gebohren werde, weil er die gesetzliche Vorschrift nicht befolgt hat.

L. 1. §. 14. *h. t.*

Idem Julianus scribit, si, uxore denuntiante se praegnantem, maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici: cogendum tamen alere. Ceterum [39]) esse satis iniuriosum ait, si

39) Die Florentine liest hier *Ceterum si.* Chevallon, Merlin, Baudoza, und Miraeus haben: *Ceterum si cesset.* Haloander: *Ceterum si esset.* Allein alle diese Lesarten geben keinen rechten Sinn, zumahl da in den angeführten Ausgaben mit den folgenden Worten: *satis iniuriosum esse ait*, nach vorher gemachten Unterscheidungszeichen, ein neuer Satz oder Periode angefangen wird. Daß übrigens auch Handschriften so lesen, bemerkt Brenkman in der Gebauer. Ausgabe. Die Versuche, durch Emendation den Sinn herzustellen, sind sehr verschieden. Einige lesen statt Ceterum *si* esse, ceterum *sic* esse, wie Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 23. Best Ratio emendandi Legg. Cap. I. VII. 1. pag. 35. (edit. *Neuhaus.*) und Voorda Thes. controv. Dec. XV. §. 4. Andere verwandeln das si in is, und beziehen es auf Julian, wie *Jo. Guil.* Hoffmann in Observation. var. s. Meletemat. ad Pandect. Diss. XXII. §. 10. Cramer in Vespasiano pag. 166. sq. meint mit Contius ad h. L., es

quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem praegnantem invenerit, et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae Senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.

IX. Aus allem diesen erscheint nun soviel, daß wenn die Frau dasjenige unterlassen hat, was sie nach dem Senatusconsultum hätte beobachten sollen, sie dadurch dem Sohne, der wirklich ein Sohn ihres ehemaligen Gatten ist, nicht präjudiciren könne, weder in Rücksicht der Suität, noch in Ansehung der Alimente, so wie auch Divus Pius rescribirt hat [40]. Und eben so wenn der

sey hier eine Ellipsis vorhanden. Man müsse nämlich aus dem Vorhergehenden wiederholend ergänzen: Ceterum si *non negaverit*, esse satis iniuriosum etc. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. pag. 751. lin. 14. heißt es blos: *Γίνεται δὲ ἡ ζήτησις. τί γὰρ ὅτι πολὺν ἀποδημήσας χρόνον εὗρεν ἔγκυον τὴν γαμετήν.* i. e. *Habetur autem quaestio. Nam quid si, quum longo abfuisset tempore, praegnantem uxorem invenit? Christfr.* Waechtler in Opuscul. iurid. philologic. a *Trotz* edit. pag. 451. et 484. sq. wirft das si, als überflüssig und sinnlos, heraus. Mit Hinweglassung des si lesen auch *Hugo a* Porta (*Lugduni* 1572. f.) und *Jo. Lud. Guil.* Beck. (*Lipsiae* 1825. 8.) Uebrigens bleibt hier Ulpian seinem Styl getreu. Das Wort *ceterum* bedeutet auch hier soviel, als alias, oder alioquin S. den 27. Th. §. 1281. Not. 57. S. 397.

40) Das Kind kann mit der Filiationsklage immer noch seinen Filiationsstand verfechten. Die Mutter des Kindes hingegen würde mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo die Agnition ihres Kindes ohne vorhergehenden Beweis der Paternität gegen den Mann nicht behaupten können.

Mann auch von seiner Seite die Befolgung der gesetzlichen Vorschrift vernachläßiget hat, kann er zwar dem Kinde die Alimente nicht entziehen, aber er kann ihm doch nachher die Filiation noch streitig machen.

L. 1. §. 15. D. h. t.

Ex his apparet, sive uxor omiserit, quae eam ex Senatusconsulto observare oportuit, nihil praeiudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem, secundum Divi Pii rescriptum: sive maritus neglexerit facere, quae ex Senatusconsulto debet: natum cogitur omnimodo alere: ceterum recusare poterit filium.

§. 1287. c.

Verhalten der Wittwe gegen den Großvater ihres Kindes. *L. 3. §. 2. D. h. t.*

Das Plancianische Senatusconsultum ging eigentlich blos auf den Fall, wenn die Ehe durch Scheidung war getrennt worden. Wie aber, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt worden, und die Wittwe nun bemerkt, daß sie schwanger sey? Lebt der Vater noch, unter dessen Gewalt der verstorbene Mann stand, so daß das Kind, wenn es noch bey Lebzeiten seines Vaters gebohren worden wäre, in die väterliche Gewalt des Großvaters gekommen seyn würde; so entspricht es dem Geist des Senatusconsultums vollkommen, daß die Frau im Falle einer durch den Tod ihres Mannes erfolgten Ehetrennung sich gegen ihren Schwiegervater eben so zu verhalten habe, wie gegen den Mann, wenn sie noch bey dessen Leben von ihm geschieden worden wäre. Denn so wie sie nach

dem Plancianischen Senatusconsultum auch dem Schwiegervater, unter dessen Gewalt der geschiedene Mann stand, ihre Schwangerschaft so gut anzeigen konnte, als ihrem Manne, weil der Partus dereinst auch unter des Großvaters Gewalt kommen mußte [41]); so muß sie nun, nach dem Tode ihres Gatten, die entdeckte Schwangerschaft ihrem Schwiegervater anzeigen, weil das noch ungebohrne Kind, vermöge rechtlicher Fiction, für schon gebohren gehalten wird, wenn von dessen Nutzen die Rede ist [42]), und dieser Fall ist offenbar hier vorhanden. Aber auch der Schwiegervater würde sich dagegen seiner Seits auf die nämliche Art in Ansehung ihrer zu betragen haben, wie der Mann, wenn er die Agnition des Partus von sich entfernen will [43]). Unter diesen Umständen haben denn auch die Gesetze der Mutter die Präjudicialklage de partu agnoscendo namentlich gegen den Schwiegervater mitgetheilt. Hierher gehört die Stelle aus Ulpians *libro XXXIV. ad Edictum.*

L. 3. §. 2. *D. h. t.* Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur, avo superstite, in cuius potestatem recasurus est [44]), ut [45]) si ex filio

41) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

42) *L.* 7. *D. de Statu hominum.*

43) S. Gmelin über die Präjudizialklage de partu agnoscendo. §. 26.

44) In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 751. Const. 3. heißt es: *αὐτὸν ἔχειν ὑπεξούσιον.* i. e. *qui eum in potestate sua sit habiturus.*

45) Statt ut, lesen einige Ausgaben, z. B. Haloander und Miräus, ET. Beck hat weder ut noch et. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 3. pag. 751.

eius susceptus probetur? videndum, quid dici debeat. Et certe probandum est, cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum.

War der verstorbene Mann nicht mehr in der väterlichen Gewalt, so kann auch nach dem Tode desselben, der Großvater sich keine Rechte der väterlichen Gewalt über den nachgebohrnen Enkel anmassen. Die Wittwe kann also hier den Großvater, in dessen väterliche Gewalt ihr partus nicht kommen wird, wenn er auch erwiesenermassen wirklich Enkel von ihm wäre, mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo nicht belangen. Der Grund ist, weil die Verbindlichkeit der entferntern Ascendenten zur Alimentation, wenn sie nicht aus der väterlichen Gewalt herfließt, blos subsidiarisch ist, und erst dann eintritt, wenn Vater und Mutter ausser Stand sind, dem Kinde die Alimente zu geben. Die Mutter hat also im Verhältniß zum Großvater ihres Partus die Verbindlichkeit zur Alimentation immer in einem vorzüglichern Grade auf sich, und so lange sie selbst Vermögen hat, aus welchem sie dieselbe bestreiten kann, kann sie den Großvater nicht in Anspruch nehmen. Nimmt man aber auch den Fall an, der Vater sey in Armuth gestorben, und die Mutter ganz unvermögend das Kind zu ernähren, so wird auch hier die Präjudicialklage de partu agnoscendo nicht Statt finden. Denn was hätte sie für ein Interesse diese Klage zu erheben? Von der Verbindlichkeit das Kind zu ernähren, spricht sie ja schon ihre eigne Armuth frey. Darin liegt aber eigentlich das Interesse der Mutter bey der gedachten Präjudicialklage, daß sie sich dadurch von einer Verbindlichkeit zu befreyen sucht,

haben: εἰ ἐκ τοῦ υἱοῦ ἐτέχθη, *siquidem ex filio susceptus fuerit.*

die sie sonst in ihrem ganzen Umfang übernehmen müßte. Dieser Umstand hindert übrigens das Kind nicht, von dem Großvater die Alimente zu verlangen. Die Klage des Kindes gegen den Großvater wäre dann die affirmative Filiationsklage, wenn ihm derselbe die Kindschaft streitig machen sollte, oder die Alimentenklage, wenn der Großvater zwar das Kind für seinen Enkel anerkennt, aber doch demselben die Alimente zu geben sich weigern sollte. Hier könnte sich aber auch die Mutter der Sache ihres Kindes unterziehen [46].

§. 1287. d.

Senatusconsulti Planciani caput de falso partu supposito.

Das andere Kapitel des Plancianischen Senatusconsultums handelte nach Ulpian [47]) von Unterschiebung eines unächten Kindes, ist übrigens ganz unbekannt [48]). Nur soviel lernen wir aus den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten, daß die Unterschiebung von Kindern als ein Kapitalverbrechen behandelt, und sowohl an der Frau, als an der Hebamme, die das falsche Kind herbeygeschafft hat, mit dem Tode bestraft worden sey [49]). *Publice*

46) S. Gmelin's angef. Schrift. §. 27. und §. 28.

47) *L. 1. pr. D. h. t.*

48) S. *Alphons. a* Carranza Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. V. pag. 373. sqq.

49) *L. 1. C. ad Leg. Cornel. de falsis.* Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. II. Tit. 24. §. 9. S. *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejustin. ad h. L. not. 17. pag. 315. In der Folge ward die Todesstrafe blos auf humiliores und Sklaven beschränkt. Freye Personen vom Stande wurden mit der Deportation bestraft. Paulus *Sent. Recept. Lib. V. Tit.* 25. §. 1. bey Schulting c. l.

enim interest, sagt **Ulpian**[50]), *partus non subiici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit.* Ob das Plancianische Senatusconsultum diese Strafe eingeführt habe, läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen, obwohl es fast zu glauben ist[51]). Denn so gelind auch übrigens K. **Vespasian** war, so streng verwaltete er doch sein Censoramt, und so verhaßt waren ihm alle Fälschungen[52]). Die Anklage dieses Verbrechens stand *jedoch* nur den Eltern, und denen zu, welche dabey interessirt waren, nicht jedem andern[53]). Sie sollte aber keiner Verjährung unterworfen seyn[54]), jedoch die Untersuchung bis zur Zeit der

pag. 513. sqq. §. 7. *J. de public. iudic.* S. Carranza cit. Tract. Cap. V. nr. 11. sq. pag. 381. und *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 2. Cod. Theodos. ad Leg. Cornel. de falso. Tom. III. Lib. IX. Tit. 19. pag. 180. Nr. IV. edit *Ritter.*

50) *L.* 1. §. 13. *D. de inspic. ventre.*

51) S. Cramer Vespasian. pag. 171. sq.

52) Suetonius in *Tito Flav. Vespasiano.* Cap. 8. 11. 12. et 23.

53) *L.* 30. §. 1. *D. de Lege Cornelia de falsis.*

54) *L.* 19. §. 1. *D. eodem.* Paulus *libro V. Sententiarum.* Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur: nec interest, decesserit nec ne ea, quae partum subdidisse contenditur. Einige wollen zwar dieses Gesetz nur von der praescriptio ordinaria, nicht aber von der, bey den Verbrechen üblichen Verjährung von zwanzig Jahren, verstehen. Von dieser sey das crimen suppositi partus nicht ausgenommen. So Cujacius Observation. Lib. IV. cap. 14. und Carranza cit. Tract. Cap. V. nr. 35. pag. 387. Allein diese Meinung ist ausführlich widerlegt worden von *Rad.* Fornerius Rerum quotidianar. Lib. I. Cap. 4.

Pubertät aufgeschoben werden, wenn dem Kinde selbst die Aechtheit der Geburt bestritten wird, cum metus potest esse, ne minus idonee defendatur, wie **Ulpian**[55]) sagt. Bey der causa capitalis selbst gegen diejenigen, welche sich des Verbrechens schuldig gemacht haben, soll dieser Aufschub nicht statt finden[56]).

§. 1287. e.

Senatusconsultum sub *Hadriano* factum de agnoscendo partu.

Da das Plancianische Senatusconsultum nur auf Kinder sich beschränkte, welche erst nach der Ehescheidung gebohren werden, so entstand die Frage, wenn ein Kind während der Ehe gebohren wird, welches der Ehemann nicht für sein Kind erkennen will, ob auch die Gattin während der Ehe mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen ihren Mann klagen könne? Für diesen Gegenstand lag in dem Umfang des Plancianischen Senatusconsultums keine Bestimmung. Es wurde daher noch ein anderes Senatusconsultum darüber unter dem Kaiser **Hadrian** gemacht, dessen **Ulpian** *libro XXXIV. ad Edictum* gedenkt. Er sagt nämlich *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Quia *Plancianum Senatusconsultum* ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, *aliud Senatusconsultum temporibus* DIVI HADRIANI *factum est, ut etiam, si constante matrimonio partus sit editus*, DE AGNOSCENDO EO *agatur*[57]).

(in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 132.) Man sehe auch CRAMER Vespasian. pag. 173.

55) *L.* 1. §. 11. *D. de Carboniano Edicto.*

56) *L.* 1. *C. ad Leg. Cornel. de falsis.*

57) *Ren.* BOTTEREAU in Hadriano legislatore (adj. *Christ. God.* HOFFMANNI Histor. iuris Rom. Iustinian. Vol. II.

Dieses Senatusconsultum giebt also auch der noch wirklichen Ehefrau die Präjudicialklage de partu agnoscendo wegen eines während der Ehe gebohrnen Kindes, wenn es der Ehemann für sein Kind nicht erkennen will. Hier braucht die Frau, als Klägerin, über den Grund der Klage keinen Beweis zu führen, weil sie die rechtliche Vermuthung für die Paternität auf ihrer Seite hat. Denn die Gesetze halten den Eheman für den rechtmäßigen Vater solcher Kinder, die ihm während der Ehe von seiner rechtmäßigen Frau gebohren worden sind. Filium eum definimus, sagt Ulpian *libro IX. ad Sabinum* [58]), qui ex viro et uxore eius nascitur. Daher die Regel: *Pater is est, quam nuptiae demonstrant* [59]). Das Kind muß also so lange für ein rechtmäßiges Kind des Ehemannes gehalten werden, bis das Gegentheil von dem Manne auf eine solche Art, die keinen Zweifel übrig läßt, dargethan worden ist [60]). Der Grund dieser rechtlichen Vermuthung beruhet theils in der Begünstigung der Ehe, theils in dem täglichen Umgange des Mannes mit der Frau [61]). Non enim ferendum, JULIANUS ait, eum, *qui cum uxore sua assidue moratus*, nolit

P. II. pag. 185.) setzt dieses Senatusconsultum in das Jahr der E. R. 886. in welchem HIBERUS und JUNIUS SILANUS Consuln waren. Allein das Jahr läßt sich so genau nicht bestimmen. S. BACH Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. II. Sect. II. §. 6.

58) *L. 6. pr. D. de his, qui sui vel alien. iur. sunt.*

59) *L. 5. D. de in ius vocando.*

60) S. *Aug.* a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXII. medit. 1 et 2.

61) S. *Henr. Gottfr.* BAUER Responsor. iuris. Vol. I. Resp. XLIII. pag. 180.

filium adgnoscere, *quasi non suum* [62]). Der Mann, welcher im ununterbrochenen Umgange mit der Frau gelebt hat, wird sich daher der Anerkennung des Kindes aus dem Grunde allein nicht mit Recht entziehen können, daß sich die Frau eines Ehebruchs schuldig gemacht habe. Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicat, sagt Papinian [63]), cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse. Es müssen nur nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit eintreten, die jene rechtliche Vermuthung aus dem Wege räumen. Dahin gehört, wenn die Frau schon im siebenten Monat nach vollzogener Ehe, oder wohl gar noch früher ein vollkommen reifes Kind gebohren hätte, und der Ehemann den frühen Beyschlaf mit derselben läugnet. Denn nach den unveränderlichen Gesetzen der Natur tritt die Geburtszeit eines völlig reifen und ausgetragenen Kindes erst nach neun und dreyßig bis vierzig Wochen, oder zweyhundert und achtzig Tagen ein [64]). Zwar sagt Paulus *libro XIX. Responsorum* [65]):

Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, *qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est*, iustum filium esse.

Allein daß hier unter dem *partus perfectus* kein vollkommen ausgetragenes Kind, sondern nur eine

62) *L.* 6. *D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt.*

63) *L.* 11. §. 9. *D. ad Leg. Jul. de adulter.*

64) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 85. der 2. Aufl. So lehrte auch schon M. Varro bey Gellius *N. A.* III. 10.

65) *L.* 12. *D. de statu hominum.*

lebensfähige Leibesfrucht, (partus vitalis) zu verstehen sey, ist schon an einem andern Orte [66]) bemerkt worden. Ein solches lebensfähiges Kind, kann nun zwar auch ein siebenmonatliches Kind seyn, aber es ist noch kein zeitiges Kind, sondern trägt überall sichtbare Merkmale der Unvollkommenheit an sich [67]). Wird ein solches Kind während der Ehe gebohren, so ist es nach rechtlicher Vermuthung für ein eheliches Kind, und der Ehemann für desselben Vater zu halten, weil es physisch möglich ist, daß das Kind binnen dieser Zeit durch ehelichen Beyschlaf hat gezeugt werden können [68]). Hierauf gehen die Worte des Paulus in der angeführten Stelle:

Et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis *septimo mense* natus est, iustum filium esse.

Ob aber dieser siebente Monat von dem Anfange, oder von dem Ablaufe desselben zu verstehen sey, wird hier nicht bestimmt. Paulus meinte unstreitig das letztere, wie aus einer Stelle seiner *Sententiarum Receptarum* Lib. IV. Tit. 9. §. 5. erhellet, wo er sich darüber näher erklärt hat. Daselbst sagt er:

Septimo mense natus matri prodest: *ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo* PLENO, *aut decimo mense partus maturior videatur.*

66) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 115. S. 87. der 2. Aufl.

67) Merkwürdig ist das Zeugniß des Cicero *Epist. ad Atticum* Lib. X. Ep. 18. *Tullia mea peperit puerum* ἑπταμηνιαῖον (septimestrem) — *quod quidem est natum, perimbecillum est.* Mehrere Beyspiele führt Plinius *Histor. Natur.* Lib. VII. cap. 4. an.

68) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 116. b. S. 103. ff.

Die pythagoreische Zahl, auf deren Eigenschaft hier **Paulus** seine Meinung von der Lebensfähigkeit einer siebenmonatlichen Leibesfrucht gründet, ist die Zahl **Sieben**, welche die Alten als eine Zahl verehrten, in der etwas Göttliches verborgen liege [69]). **Pythagoras** hatte diese mystische Zahlenlehre von den Aegyptiern und Juden erlernt, welche damals in der Sklaverey der erstern sich befanden, und unter denen **Pythagoras** lebte, ehe er sich nach Griechenland begab [70]). Das große Ansehen dieses Philosophen, welcher die Menschen lehrte, daß er aus bessern Saamen entsprossen sey, als andere Sterbliche [71]), läßt uns nicht wundern, daß seine Lehre von der Heiligkeit der Zahl **Sieben** in die griechische und römische Gesetzgebung überging [72]). Man berechnete aber die Zahl **Sieben**, wie **Macrobius** [73]) uns lehrt, so, daß man sagte, sie bestehe entweder aus Eins und Sechs, oder aus Zwey und Fünf, oder aus Drey und Vier, um die Vollständigkeit derselben anzuzeigen. Es

69) Die Zeugnisse der Alten findet man bey *Car. Annib.* Fabrotus de tempore partus humani. Exerc. I. p. 11. sqq. (adj. *Alphonso a* Carranza *Genevae* 1629. 4. mai.) Diesen ist noch beyzufügen die Stelle aus Seneca *de Beneficiis* Lib. VII. cap. 1. nr. 5.

70) S. *Ge.* Schubart de Fatis iurisprud. Rom. Exercit. II. §. 42. und Morhof Polyhistor. Tom. II. Lib. II. Cap. VI. §. 4.

71) Aelianus Sophista *Variar. Historiarum* Lib. IV. cap. 17. §. 1. bezeugt dieses mit folgenden Worten: Εδίδασκε Πυθαγόρας τούς ανθρώπους, ὅτε κρειττόνων γεγένηται σπερμάτων, ἤ κατὰ τήν φύσιν, τὴν θνητην.

72) S. Fabrotus l. c.

73) *In Somnium Scipionis* Lib. I. cap. 6.

konnte also der siebente Monat nach dieser Berechnung anders nicht, als vom Ablaufe desselben zu verstehen seyn. Noch deutlicher aber erhellet dieß aus den Nachrichten des *Censorinus* [74]): Dieser erzählt uns zuerst [75]), die Alten hätten häufig darüber gestritten, quoto post conceptionem mense infantes edi soleant. Hippon metapontinus, sagt er, a septimo ad decimum mensem nasci posse existimavit: nam septimo partum iam esse maturum, *eo quod in omnibus numerus septenarius plurimum possit:* siquidem septem formemur mensibus, additisque alteris recte consistere incipiamus, et post septem menses dentes nobis innascantur, iidemque post septimum cadant annum, quarto decimo autem pubescere solemus. Nun fährt er fort: Huic opinioni in parte aliqua repugnant alii, alii in parte consentiunt. Nam septimo mense parere mulierem posse, plurimi affirmant. Jetzt führt Censorinus alle diejenigen an, welche dieses behaupten, und diejenigen, welche es läugnen. Zuletzt kommt er auf den Pythagoras, dessen Lehre er für die wahrscheinlichste hält. Pythagoras autem, sagt er [76]), quod erat credibilius, dixit, partus esse genera duo, alterum septem mensium, alterum decem: sed priorem aliis dierum numeris conformari, aliis posteriorem. Diese Zahl der Tage giebt er hiernächst folgendermassen an [77]).

74) *De die natali.* Cap. VII—XI.

75) Cap. VII.

76) Cap. IX.

77) Cap. XI.

His expositis, — redeo ad propositum: ut doceam, quid Pythagoras de numero dierum ad partus pertinentium senserit. Primum, ut supra [78]) memoravi, generaliter duos esse partus dixit: alterum minorem, quem vocant *septemmestrem*, qui *decimo et ducentesimo die* post conceptionem exeat ab utero; alterum maiorem, *decemmestrem*, qui edatur *die CCLXXIV.* quorum prior ac minor, senario maxime continetur numero [79]).

Alles dieses wird nun noch weiter aus dem successiven Wachsthum und Bildung der Leibesfrucht nach der Zahl der Tage auf das genaueste nachgewiesen. Diese Lehre des Pythagoras stimmt also ganz mit der Lehre unserer heutigen Aerzte überein, nach welcher jede vor Ablauf des siebenten Monats, d. h. vor dem 210ten Tage nach der Empfängniß gebohrne Leibesfrucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt, dennoch zur Fortsetzung

78) Cap. IX.

79) Hieraus ergiebt sich nun klar, wie ganz unnöthig, ja den Worten des Paulus offenbar widersprechend die Emendation des großen *Ger.* Noodt sey, welcher in seinem sonst trefflichen Commentar. ad Dig. Lib. I. Tit. 6. (Opp. Tom. II. pag. 26.) die Worte in der angeführten Stelle des Paulus auf folgende Art versetzen will: *ut aut septimo*, *aut* pleno *decimo mense partus maturior videatur*, wie *Alb. Guil. Aug.* Becker in Commentat. de partu septimestri eoque spurio non legitimo ad L. 12. D. de statu homin. *Lips.* 1805. 8. §. 2. sehr gründlich gezeigt hat.

des Lebens unfähig, und also für nicht lebensfähig zu halten sey [80].

In der Pandectenstelle beruft sich nun zwar Paulus auf die Auctorität des gelehrten Hippocrates, allein auch dieser stimmte hierin mit dem Pythagoras vollkommen überein [81]. In dem Buche *de partu septimestri* (περὶ ἑπταμήνου) sagt er freylich: *Septimestres autem nascuntur diebus centum et octoginta duobus, et insuper accedente diei particula* [82]; allein man hält dieses Buch für untergeschoben [83]. In seinem ächten Buche περὶ σαρκῶν (*de carnibus*) erklärt sich Hippocrates auf eine Art, die mit der pythagoreischen Zahl vollkommen übereinstimmt. Er sagt nämlich: *Puer septimo mense natus certa ratione in lucem prodit, et vitalis est, cum is rationem et numerum* (i. e. rationem numeri) *exacte ad hebdomodas respondentem habeat.* Noch deutlicher aber in folgenden Worten: *At septimo mense editus partus tres hebdomadarum decurias obtinet, et ad unamquamque decuriam dies concurrunt septuaginta.*

80) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 94. (der 2. Aufl. Berlin 1819.)

81) S. Becker Commentat. cit. §. 7. pag. 25. sqq.

82) S. Van der Linden Oper. Hippocratis. Tom. I. pag. 167.

83) S. Fabroti Exercit. I. de tempore partus humani. §. *Atque haec sunt.* bey Carranza pag. 14. und Kurt Sprengel's Apologie des Hippocrates und seiner Grundsätze. Th. 1. §. 62. S. 88.

Tres itaque hebdomadarum decuriae in totum DIES DUCENTOS ET DECEM *faciunt.*

Der Sinn ist, wenn man beyde Stellen mit einander verbindet, folgender: „Ein Kind, welches nach sieben Monaten gebohren wird, kommt nach einem richtigen Zeitverhältniß zur Welt, und ist lebensfähig, indem sich sein Alter genau nach Hebdomaten verhält und berechnen läßt. Eine siebenmonatliche Leibesfrucht hat also gerade dreymal zehen Hebdomaden zurückgelegt, welche im Ganzen zwey hundert und zehen Tage ausmachen."

Rechnet man nun mit Hippocrates die Woche zu sieben Tagen; oder den Monat nach dem Laufe des Mondes zu dreyssig Tagen; so kommen gerade sieben Monate heraus. Denn eine *decuria hebdomadum* enthält einen Zeitraum von 70 Tagen, und so machen also *tres decuriae hebdomadum* gerade 210 Tage aus, wie auch Pythagoras rechnete [84].

84) FABROTUS Exercit. cit. pag. 8. Vorzüglich aber gehört hierher die merkwürdige Stelle aus CICERO *de Natura Deorum.* Lib. II. cap. 27. Itaque, ut apud Graecos *Dianam* eamque Luciferam, sic apud nostros *Junonem Lucinam* in pariendo invocant. — *Adhibetur autem ad partus, quod ii maturescunt aut* SEPTEM *nonnunquam, aut, ut plerumque,* NOVEM LUNAE CURSIBUS: *qui, quia mensa spatia conficiunt,* MENSES *nominantur.* Man vergleiche übrigens hier noch vorzüglich Mende Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Th. §. 142. u. 143. S. 354. ff.

Darin waren aber alle einverstanden, daß eine siebenmonatliche Leibesfrucht zwar lebensfähig, aber doch noch sehr schwach sey [85]), so daß man sie, wie uns Aristoteles [86]) berichtet, in Wolle einzuwickeln pflegte.

Mit dieser Berechnung stimmt nun aber freylich nicht überein, was Ulpian sagt *L. 3. §. 12. D. de suis et legitimis heredibus:*

De eo autem, qui *centesimo octogesimo secundo die* natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, *iusto tempore videri natum.*

Hier wird also, mit Berufung auf Hippocrates, und ein Rescript vom Divus Pius, ein Zeitraum von hundert und zwey und achtzig Tagen für das iustum partus legitimi tempus angenommen [87]),

85) So sagt Homerus *Iliad. P. II. XIX. v.* 117 sq. p. 204. ex recens. *Frid. Aug.* Wolfii. (*Lipsiae* 1817. 8.) von *Eristeus*:

— — — — ὁ δ' ἕβδομος ἑστήκει μείς.
ἐκ δ' ἄγαγε πρὸ φόωσδε, καὶ ἠλιτόμηνον ἐόντα.
— — — — *hicque septimus erat mensis.*
Eduxitque in lucem, licet immaturum existentem.

Man erinnere sich auch an die oben aus Cicero *ad Atticum Lib. X. Epist.* 18. angeführte Stelle. Vergl. noch Zachias Quaestion. medico legal. Lib. I. Tit. II. Quaest. IV. nr. 37.

86) *De animalium hist.* Lib. VII. bey Carranza Cap. X. nr. 24. pag. 465. *Qui septimo mense, vitalis quidem hic primus exit, sed magna ex parte infirmior, quamobrem cunabulis ex lana eum obvolvunt, et fasciis adligant.*

87) In dem untergeschobenen Buche des Hippocrates *de partu septimestri* heißt es auch nach der Uebers-

welche gerade den Anfang des siebenten Monats ausmachen. Vergleichen wir nun damit, was unsere Aerzte [88]) lehren, daß, der allgemein bestätigten Erfahrung zu Folge, zur Lebensfähigkeit eines frühzeitig gebohrnen Kindes schlechterdings ein vollständiger siebenmonatlicher Aufenthalt des Fötus im Mutterleibe erfordert werde, so daß jede vor Ablauf des siebenten Monats, d. h. vor dem Anfang der 31sten Woche, oder vor dem zweyhundert zehnten Tage

tzung von van der Linden Tom. I. pag. 167. *Septimestres autem nascuntur diebus centum et octoginta duobus ac dimidio, et insuper accedente diei particula.* Mende in dem ausführlichen Handbuche der gerichtlichen Medicin (Leipzig 1821.) 2. Th. §. 142 und 143. S. 353—356. hält die Bestimmung von 182 Tagen für ächt hippocratisch, und glaubt, daß sich der Widerspruch lösen lasse, wenn man annimmt, durch jene Bestimmung solle nur der früheste Zeitraum der Lebensfähigkeit bezeichnet werden. Die Zahl von 182 Tagen fülle aber gerade sechs und zwanzig Hebdomaden aus, so daß also die Lebensfähigkeit von der vollendeten sechs und zwanzigsten bis zur vollendeten dreyßigsten Hebdomade gerechnet werde. Wird nun diese Berechnung auf Kalendermonate zurückgeführt, und setzt man den Anfang der Schwangerschaft auf den funfzehnten oder sechszehnten des Monats, so komme es richtig heraus, daß die Geburt einer Frucht von sechs und zwanzig Hebdomaden, oder von 182 Tagen, auf den zwanzigsten Tag des siebenten Monats fallen müsse.

88) S. Jo. Dan. Metzger's System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft. §. 280. Ge. Heinr. Masius System der gerichtlichen Arzneykunde für Rechtsgelehrte. §. 261. Adolph Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. (Berlin 1819.) §. 94.

nach der Empfängniß gebohrne Leibesfrucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt, und mehrere Stunden, oder Tage fortlebt, dennoch zum fortgesetzten Leben unfähig, also für nicht lebensfähig, (*partus vivus, sed non vitalis*) zu halten sey; so sollte man fast geneigt seyn zu glauben, ein solches Kind, welches, wenn gleich in rechtmäßiger Ehe, jedoch vor Ablauf des siebenten Monats, gebohren worden, könne kein iustus filius seyn. Diese Meinung ist auch wirklich in der unten angeführten Schrift [89]) mit vieler Gelehrsamkeit vertheidiget worden. Eben dieses behauptete auch schon vorher Bernh. Heinr. Reinold [90]). Hippocratis auctoritas, sagt er: utpote sibi contrarii, nullius est momenti. — *Numeri Pythagorei* dignitas et veneratio frivola est, et ea tamen effecit, ut septimestrem partum plerique legitimum censerent, id quod naturae repugnare, Nicolaus Venetus, Medicus celeberrimus [91]), clarissime demonstravit. Non esse igitur legitimum, certum est, nisi pater, qui antea cum ea rem habuit, quae ipsi postea coniux facta est, eum agnoscat.

Allein was fangen wir nun mit unserm Ulpian, und mit Paulus an? Man sagt, beyde hätten an die Präjudicialklage de partu agnoscendo gar nicht gedacht, sondern beyde sprächen von besondern Fällen, wo man

89) Siehe die oben not. 82. angeführte Commentatio de partu septimestri, eoque spurio, non legitimo, auctore *Alb. Guil. Aug.* Becker. *Lipsiae* 1805. 8.

90) Varior. Cap. 38. in *Opuscul.* a Juglero *edit.* p. 215 sq.

91) De generatione hominum, libro gallice conscripto. Cap. III. Art. 4.

aus besondern Gründen gegen die Strenge des Rechts einen Grundsatz der Billigkeit wegen angenommen habe.

Soviel nämlich Erstens den Ausspruch des Paulus anbetrifft, so beziehe sich derselbe theils auf die Lex Papia Poppaea, welche die kinderlosen Ehegatten mit der Hälfte desjenigen bestrafte, was ihnen durch Testament war hinterlassen worden [92]), theils auf das Senatusconsultum Tertullianum, welches das Erbrecht der Mutter auf das ius liberorum gegründet hatte. Dieß erhelle ganz deutlich, wenn man die *L. 12. de statu homin.* mit der oben aus den *Sententiis Receptis* des Paulus angeführten Stelle vergleicht, in welcher ausdrücklich gesagt werde, man habe zu Gunsten der Mutter den Satz angenommen, daß auch schon ein siebenmonatliches Kind nach der Lehre des Pythagoras für lebensfähig zu achten sey, und der Mutter zum ius liberorum nütze. Denn gerade daselbst handle er vom Senatusconsulto Tertulliano, wo er dieses sagt. Aus eben dem *Libro IV. Sententiarum Receptarum* des Paulus sey auch die *L. 14. D. de Statu hominum* genommen, wo er den auch hierauf sich beziehenden Satz aufstellt, daß monströse Geburten für keine Kinder zu rechnen wären. Diese nützten den Eltern blos dazu, um den Strafen der Orbität zu entgehen, denen sie sonst nach der Lex Papia Poppaea unterworfen gewesen seyn würden. Hierauf beziehe sich die Entscheidung Ulpians in der *L. 135. D. de Verbor. Significat.* welche auch aus desselben *Lib. IV. ad L. Juliam et Papiam* genommen sey, die also mit dem Satz des Paulus in keinem Widerspruch stehe. Es sey sehr glaublich, daß Paulus in seinen *libris Responsorum,*

92) S. den 2. Th. des Commentars. §. 114. S. 74.

woraus die *L.* 12. *de Statu hom.* genommen ist, einen auf jene Gesetze sich beziehenden Fall entschieden, und nur statt Pythagoras den Namen des Hippocrates substituirt habe. Hieraus erkläre sich nun auch, warum die *L.* 12. von den Verfassern der Pandecten dem Titel einverleibt worden sey, welcher von der physischen Eigenschaft der Menschen handle. Weit entfernt, daß Paulus an die Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen den Mann gedacht habe, welcher ein ihm von seiner Frau gebohrnes siebenmonatliches Kind nicht für das seinige anerkennen wolle, scheine er vielmehr in seinen Gutachten blos die Frage entschieden zu haben, ob die physische Eigenschaft einer siebenmonatlichen Leibesfrucht der Mutter schade, oder nütze, um das ius liberorum zu erlangen, oder den Strafen der Orbität zu entgehen. Der Ausdruck iustus filius beziehe sich daher auch nicht gerade auf die eheliche Geburt des Kindes, sondern habe hier den Sinn, daß eine siebenmonatliche Leibesfrucht, wenn sie nur keine monströse Geburt ist, und ganz zur Welt gebohren wird, der Mutter eine gerechte Ursache gebe, auf der einen Seite das ius liberorum anzusprechen, auf der andern aber auch der Strafe der Orbität zu entgehen. Was nun zu Gunsten der Mutter gegen die Strenge des Rechts ist angenommen worden, könne dem Ehemanne nicht zum Nachtheil gereichen, wenn diesem aus einem stärkern Widerspruchsrechte daran gelegen sey, daß das siebenmonatliche Kind für illegitim erklärt werde [93]).

Eben so sey auch dasjenige, was Ulpian *L.* 3. §. 12. *D. de suis et legitim. heredibus* sagt, nämlich ein am 182sten Tage gebohrnes Kind scheine iusto tempore

93) S. Becker Commentat. cit. §. X. pag. 63—78.

natus zu seyn, nicht als allgemeine Regel für alle Fälle aufgestellt, sondern beziehe sich nur auf einen singulären Fall, wie schon die Anführung des Rescripts vom Kaiser Pius an die Pontifices zu erkennen gebe, weil die Kaiser nur auf gewisse ihnen vorgelegte besondere Fälle zu rescribiren pflegten. Der Fall, welcher in dem vom Ulpian angeführten Rescript des Divus Pius enthalten war, sey freylich unbekannt, da indessen das Rescript an die Pontifices ergangen ist, so sey leicht einzusehen, daß es ein solcher Fall gewesen seyn müsse, der, seiner Entscheidung nach, für die Pontifices gehört, und also in das ius sacrum eingeschlagen habe. Und so lasse sich der Fall leicht errathen. Diejenigen, welche zu einem Priesteramte gelangen wollten, mußten nämlich patrimi und matrimi, d. h. aus einer farreirten Ehe entsprossen, und beyde Eltern, Vater und Mutter, noch am Leben seyn [94]. Ohne Zweifel sey also die Frage gewesen, ob auch ein solcher Candidat zum Priester gewählt werden könne, der zwar ex iustis nuptiis, aber von einer freygelassenen Mutter am 182sten Tage nach ihrer Freylassung gebohren sey? Den Priestern scheine eine solche Geburt verdächtig vorgekommen zu seyn, daher hätten sie sich in dieser Verlegenheit an den Kaiser gewendet, und dieser habe ihnen denn, weil hier von keiner Seite ein Widerspruch zu befürchten gewesen, aus bloßer Begünstigung der Ehe und Freyheit, rescribirt:

filium iusto tempore videri natum.

Es sey begreiflich, daß dasjenige, was in einem besondern Falle, und aus einer besondern Begünstigung

94) *Paul* Merula de Sacerdot. Roman. Cap. II. *Oper. postum.* pag. 29. und Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. X. §. 5.

angenommen worden sey, nicht dürfe so weit ausgedehnt werden, daß dadurch das Recht eines Andern beeinträchtiget werden könne. Hierzu komme noch die schwankende Fassung der Worte: *videri natum.* Dieß sey nicht die Sprache des Gesetzgebers für ein beständig gültiges Gesetz, dieses müsse, wie Seneca[95]) sagt, mit unzweydeutigen Worten gebieten. Es sey auch gar nicht zu glauben, daß Ulpian von der Regel habe abweichen wollen, welche er kurz vorher aufgestellt habe, nämlich daß der zehnte Monat der rechte Zeitpunct der ehelichen Geburt sey[96]).

Nach meiner geringen Einsicht kommt es hier auf zwey Fragen an.

I. Ob der Satz des römischen Rechts, daß ein im siebenten, wenn gleich noch nicht ganz abgelaufenen, Monate aus rechtmässiger Ehe gebohrnes Kind für lebensfähig, und also zur Begründung rechtlicher Verhältnisse pro partu *iusto tempore* nato zu halten sey, nur Ausnahmsweise für einzelne Fälle gegolten habe, oder ein allgemeiner Rechtssatz gewesen sey? und

II. ob dieser in dem römischen Recht auf das Ansehen des Hippocrates gegründete Zeitpunct der Rechtmäßigkeit einer Frühgeburt auch noch h. z. T. genüge, um die Vermuthung der Paternität eines in rechtmäßiger Ehe gebohrnen Kindes dadurch zu begründen?

Soviel die erste Frage anbetrifft, so ist wohl freylich nicht zu läugnen, daß sowohl Paulus, als Ulpian besondere Fälle vor Augen hatten, bey denen sie jenen

95) *Epist. XCIV. nr.* 38.

96) S. Becker cit. Commentat. §. XI. pag. 78—83. verglichen mit §. IX. pag. 47—63.

Satz zur Anwendung brachten. Allein gerade der Umstand, daß sie diesen Satz zum Entscheidungsgrund gebrauchten, und solchen auf das Urtheil eines der damaligen berühmtesten Aerzte, des Hippocrates, baueten, beweist, daß dieser Satz keine Ausnahme sey, sondern die Regel des gemeinen Rechts selbst bilde. Solche Entscheidungsgründe sind als wahre Gesetze anzusehen, woraus der Rechtsgelehrte weiter fortschließen kann, und diese Schlüße sind denn für keine Ausdehnung, sondern für eine blos consequente Anwendung des Gesetzes zu halten [97]. Eben deswegen, weil man den Satz: *Septimo mense nasci perfectum partum, et ideo eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*, gestützt auf das Ansehen des Hippocrates, zur Rechtsregel erhoben hatte, wieß man ihm einen Platz in einem Titel der Pandecten an, welcher vorzüglich die Eigenschaften der Rechtsfähigkeit bey den Kindern bestimmt. Es war also blos Anwendung eines bekannten Rechtssatzes, wenn Ulpian *L. 3. §. 12. D. de suis et legitimis heredib.* in Gemäßheit desselben der Meinung war, eine Mutter, welche vor dem hundert und zwey und achtzigsten Tage wäre freygelassen worden, scheine das Kind nicht mehr in dem Zustand ihrer Sklaverey empfangen zu haben, weil nach der Meinung des Hippocrates angenommen werde, daß auch schon ein nach dem 182sten Tage gebohrnes Kind lebensfähig sey. Daß die Frage von der Lebensfähigkeit einer siebenmonatlichen Leibesfrucht, besonders in Fällen der Erbfolge, zur Sprache gekommen seyn müsse, beweist ja der Platz, der dieser Stelle Ulpians in unsern Pandecten ist angewiesen worden, gerade in dem Titel, in

97) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Rechts. §. 14. S. 89.

welchem von der Erbfolge der suorum und legitimorum heredum die Rede ist. Es mag auch wohl bey dem ius liberorum, welches bey dem Erbrecht der Mutter nach dem Tertullianischen Senatusconsultum zum Grunde gelegt war, diese Frage nicht ungewöhnlich gewesen seyn, wie man aus einer Stelle des Gellius [98]) sieht, wo er gerade des Hippocrates gedenkt, und bey dieser Gelegenheit erzählt, daß man bey einem wichtigen Erbfalle sogar über die Lebensfähigkeit eines achtmonatlichen Kindes gestritten habe, weil es bald nach der Geburt wieder gestorben war, ob es nämlich zur Ergänzung des ius trium liberorum der Mutter genüge. Und so betraf auch wohl der Fall, durch welchen das Rescript des Kaisers Pius an die Pontifices, dessen Ulpian gedenkt, war veranlaßt worden, gewiß eher das Erbrecht, als die Wahl eines Candidaten zur Priesterwürde. Denn da die Römischen Pontifices vermöge ihres Amts dafür zu sorgen hatten, daß die sacra privata erhalten werden möchten, welche, auf dem Vermögen ruhend, mit demselben nach dem Tode eines Paterfamilias auf die Erben übergingen [99]); so waren auch

98) *Noct. Attic. Lib. III. cap.* 16. Memini ego Romae accurate hoc atque solicite quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an *octavo mense* infans ex utero vivus editus, et statim mortuus, *ius trium liberorum* supplevisset; quum abortio quibusdam, non partus, videretur *mensis octavi intempestivitas?*

99) Cicero *de Legibus Lib. II. cap.* 19. Saepe ego, sagt daselbst Scävola, ex patre audivi, Pontificem neminem bonum esse. nisi qui ius civile cognosset. — De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, *ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et*, ut in lege posui, *perpetua sint sacra.* Hoc posito, haec iura Pontificum auctoritate conse-

solche Sachen, welche die Rechte der Familien betreffen, ihrer Cognition unterworfen [100]). Nun hatte ja aber das iustum nativitatis tempus auf das ius sui iuris und das ius agnationis den wichtigsten Einfluß. Hieraus läßt sich nun auch erklären, wie in einem solchen Falle, wo es gerade auf den rechten Zeitpunct der Geburt einer erbfähigen Leibesfrucht ankam, die Pontifices sich an den Kaiser zu wenden, können veranlaßt worden seyn. Man wende nicht ein, daß ja sowohl Paulus als Ulpian in den angeführten Stellen sich auf eine solche Art ausgedrückt hätten, welche der Sanction eines allgemeinen Gesetzes gar nicht entspreche. Paulus sagt freylich: *et ideo* CREDENDUM EST, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, *iustum filium esse*, und Ulpian: qui centesimo octogesimo secundo die

cuta sunt, *ut*, *ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret*, *iis essent ea adiuncta*, *ad quos eiusdem morte pecunia venerit*. (Das Wort *pecunia* bezeichnet hier Alles, was zum Vermögen gehört. *L.* 5. *pr. L.* 222. *D. de Verb. Signif.*) Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur Jurisconsultorum libri. Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. *Heredum causa iustissima causa est:* nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigrarit, propius accedat.

100) Cicero *Orat. pro Domo sua.* Cap. 13. Quod ius est adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit, et, cum potuerit, sit expertus. Quae deinde causa cuique adoptionis, quae *ratio generum*, ac dignitatis, quae sacrorum, quaeri a Pontificum collegio solet. S. *Ern. Mart.* Chladenius de Gentilitate veter. Romanor. (*Lipsiae* 1742. 4.) Cap. X. §. 2. pag. 117 sq.

natus est, *iusto tempore* VIDERI *natum*. Allein wer die Art der römischen Rechtsgelehrten kennt, wie sie etwas zu affirmiren pflegen, den kann unmöglich der Redegebrauch dieser Rechtsgelehrten befremden [1]). Besonders aber ist der Ausdruck *videri* so gewöhnlich, daß er sogar, wie Ulrich Huber [2]) bemerkt, in den Urtheilssprüchen der römischen Richter gebraucht wurde [3]). Ueberdem aber kann auch darauf gar nichts mehr ankommen, da Justinian den in seine Pandecten aufgenommenen Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten in seiner Constitution de confirmatione Digestorum Gesetzeskraft beygelegt hat. Es läßt sich also nach dieser Ansicht mit Grund nicht bezweifeln, daß der Satz, ein siebenmonatliches Kind sey für lebensfähig, und also, wenn es in einer rechtmäßigen Ehe gebohren worden, für ein eheliches Kind zu halten, vorzüglich auch bey der Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen den Ehemann zur Begründung einer Vermuthung für die Paternität sey angewendet worden. Darauf deuten auch die Worte des Paulus: et ideo credendum est, eum, qui *ex iustis nuptiis* septimo mense natus est, *iustum filium esse*, sichtbar hin. Immerhin mag Paulus *libro IV. Sententiar Receptar.* in Beziehung auf das Senatusconsultum Tertullianum gesagt haben, ein siebenmonatliches Kind werde der Mutter zur Begründung ihres Erbrechts als ein Kind angerechnet; die *L.* 12. ist ja aber nicht daraus entlehnt, sondern, wie die Ueberschrift lehrt,

1) Man vergleiche *Frid.* HAENEL Diss. de verborum formulis, quibus ICti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt. *Lips.* 1821. 8.

2) Eunomia Rom. ad L. 31. D. de Legib. §. 5. pag. 40.

3) S. z. B. *L.* 27. §. 1. *D. de liberali causa.*

aus des Paulus *libris Responsorum* genommen. In dem Falle, für welchen Paulus respondirte, konnte aber wohl nicht von dem ius liberorum der Mutter die Rede seyn, weil es dabey auf die eheliche Geburt der Kinder gar nicht ankam. Denn vermöge des Senatusconsulti Tertulliani succedirte die Mutter auch ihren vulgo quaesitis[4]). Es kann vielmehr nach den angeführten deutlichen Worten des Paulus gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß er in seinem Gutachten einen solchen Fall vor Augen hatte, wo von dem Zeitpunct der ehelichen Geburt eines Kindes die Rede war. Schon der Ausdruck *iustus filius* beweist dieses hinlänglich, worunter in den Gesetzen immer ein eheliches rechtmäßiges Kind verstanden wird[5]). Wer könnte dagegen einer so erzwungenen Interpretation Beyfall geben, nach welcher man die Worte des Paulus: *et ideo credendum est, eum qui septimo mense natus est, iustum filium esse*, gegen allen juristischen Sprachgebrauch so verstehen will, „daß ein siebenmonatliches Kind, wenn es nur keine monströse Geburt ist, sondern in Absicht auf die Glieder des Körpers ganz, und lebensfähig zur Welt kommt, möge es auch gleich nach seiner Geburt wieder sterben, der Mutter eine gerechte und wahrscheinliche Ursache gebe, damit sie nicht das ius liberorum verliere, auch nicht in die Strafe der Orbität verfalle[6])? Das *iustum filium esse* bezieht sich ja offenbar

4) *L.* 2. §. 1. *D. ad SCtum Tertull.* Paulus *Libro IV. Sententiar. Receptar.* Tit. 10. §. 1. S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 75. S. 260. der 2. Aufl.

5) *L.* 12. *D. de adoption. L.* 3. §. 5. *D. de bon. poss. contra tabb. L.* 15. *Cod. de nupt.*

6) Becker cit. Commentat. §. X. pag. 77 seq.

auf das Vorhergehende: *qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est.*

Die zweyte Frage anlangend, so weichen die Behauptungen und Lehrsätze der heutigen Aerzte und Lehrer der gerichtlichen Arzneykunde über den Zeitpunct der Lebensfähigkeit gebohrner Leibesfrüchte sehr von einander ab [7]. Es giebt zwey äusserste Endpuncte, innerhalb welcher die Lebensfähigkeit der unzeitigen Früchte angenommen worden ist.

Die Nachgiebigsten geben die Lebensfähigkeit bey jedem, nach Ablauf des sechsten Sonnenmonats, oder nach 180 — 182 Tagen gebohrnen Kinde zu. Zu diesen gehören vorzüglich Mich. Alberti [8], Herm. Fr. Teichmeyer [9], Joh. Ernst Hebenstreit [10], Christ. Gottl. Ludwig [11], Wildberg [12], Just. Christ. Loder [13], u. A. m.

7) Man vergleiche Joh. Dan. Metzger über früh- und spätreife Geburten (in Loders Journal für die Chirurgie 1. B. St. 3.) vorzüglich aber die treffliche Abhandlung meines verehrten Collegen, Herrn Hofr. Adolph Henke von den Früh- und Spät-Geburten, in desselben Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medicin. 3. B. (Leipzig 1824. Abh. IV. S. 261 — 342.)

8) Syst. iurisprud. medicae P. I. Cap. 7. §. 4 et 11.

9) Institut. medicinae legalis s. forens. pag. 54.

10) Anthropol. forens. Sect. II. Cap. XI. §. 5 et 7. p. 192 sq.

11) Institut. medicinae forens. §. 107.

12) Handbuch der gerichtlichen Arzneywissenschaft. §. 149.

13) Anfangsgründe der physiologischen Anthropologie und der Staats-Arzneykunde. §. 342. S. 506. (dritte verm. Auflage. Weimar 1800.) daselbst heißt es: „Wenn

Strenger urtheilen diejenigen, welche weder die im siebenten, noch die im achten Monate gebohrnen Kinder für lebensfähig wollen gelten lassen. Zu diesen gehören vorzüglich Joh. Harder [14]), und Joh. Bohn [15]).

Den Mittelweg gehen diejenigen, welche annehmen, daß jede vor Ablauf des siebenten Monats nach der Empfängniß (oder vor Anfang der 31sten Woche, vor dem 210ten Tage) gebohrne Frucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt, und mehrere Stunden oder Tage fortlebt, für nicht lebensfähig erklärt werden müsse. Diese in der Mitte stehende Meinung wird von den meisten heutigen Aerzten, einem Haller, Metzger, Baumer, Gruner, Kopp, Masius, Mende, u. m. A. behauptet, und ist besonders gegen die darwider vorgebrachten Gründe Anderer von unserm Henke [16]) mit der ihm eigenen Gründlichkeit vertheidiget worden.

die Geburt in der 39sten oder 40sten Woche erfolgt, so nennt man sie zeitig (*partus maturus*), und das Kind heißt alsdann vollbürtig oder ausgetragen. Erfolgt sie zwischen dem Anfange des siebenten und dem neunten Monat, so heißt sie frühzeitig (*partus praematurus*). Ein solches Kind kann lebendig zur Welt kommen, und sein Leben fortsetzen; es ist aber leichter am Gewicht, kleiner an Länge, zärter an Gliedmassen, und hat dünnere Nägel und eine feinere Haut an den Händen und Fußsohlen."

14) Diss. de partu septimestri ICtorum responsis et Medicorum placitis insigni. *Lugd. Batav.* 1663.

15) De officio Medici duplici, clinici nimirum ac forensis. (*Lipsiae* 1704.) pag. 629.

16) Angef. Schrift. Kap. 2. S. 289 — 297.

Da nun gleichwohl eine mathematische Gewißheit über den Zeitpunct, wo die Lebensfähigkeit der Frucht anhebt, nach Henke's Urtheil [17]), nicht zu erlangen ist, da auch die Möglichkeit des Fortlebens einer Frucht, die vor dem aufgestellten regelmässigen Zeitpuncte gebohren wurde, für einzelne, obgleich seltene, Fälle nicht geläugnet werden kann [18]); da endlich die Lehrer und Gerichtsärzte, in Hinsicht des Zeitraums der anhebenden Lebensfähigkeit der vorzeitig gebohrnen Frucht, selbst nicht völlig mit einander übereinstimmen; so war es allerdings zweckmässig, daß die Gesetzgebung einen Normaltermin für die Frühgeburten festsetzte. Das Römische Recht nahm nun, *in favorem partus et matrimonii*, die der Frau und dem Kinde günstige Meinung der Aerzte und Naturforscher als die richtige an, und legte sie dem Gesetz zum Grunde. Es bestimmte also für die Anerkennung lebensfähiger Frühgeburten den Termin von 182 Tagen. Jedes an und nach dem 182sten Tage seit der Hochzeit gebohrne Kind, welches lebend zur Welt kommt, wird demnach als ein lebensfähiges Kind betrachtet. Eben so wird jedes lebensfähige, und am Leben bleibende Kind, wenn es nach dem 181sten Tage und vor Beendigung des zehnten Monats

17) A. a. O. S. 297.

18) Einen höchst merkwürdigen Fall erzählt *d'* Outrepont in den Abhandlungen und Beyträgen geburtshülflichen Inhalts. Th. I. (Bamberg 1822.) S. 167 ff. von einem Kinde, dessen Geburt in die 25 bis 27ste Woche nach der Empfängniß, also zwischen den 175sten bis 189sten Tag fiel, und welches bey einer sehr sorgsamen Behandlung glücklich am Leben erhalten wurde, ob es gleich alle Kennzeichen einer solchen Frühgeburt an sich trug. Man vergleiche wegen dieses besondern Falles auch Henke's Zeitschrift für die Staatsarzneykunde. B. VI. S. 19.

von Zeit der Ehe angerechnet, als in dieser Ehe erzeugt, betrachtet.

Diese Bestimmungen müssen also als maaßgebend noch jetzt in allen Fällen gelten, wo über Erbschaftsrechte, Vaterschaft, und Rechtmässigkeit des Kindes entschieden werden soll, wofern nicht eine neuere in dem vorliegenden Falle anzuwendende Gesetzgebung einen andern Termin aufgestellt hat [19]. Gebiert also eine Frau ein lebensfähiges, fortlebendes Kind am 182sten Tage nach der Hochzeit, so wird es nach gesetzlicher Vermuthung als ein rechtmässiges Kind betrachtet, und der Ehemann für dessen Vater gehalten [20]. Es muß nur aber wirklich die

19) Das Preußische Landrecht 2. Th. 2. Tit. Abschn. 1. §. 1 und 4. ist ganz abweichend. Es setzt den kürzesten Termin auf 210 Tage nach der ersten ehelichen Beywohnung, und erklärt das an dem 210ten Tage nach geschlossener Ehe gebohrne Kind für ein eheliches. Das Oestreichische Gesetzbuch 1. Th. 3. Hauptst. §. 138. hingegen stimmt mit dem Röm. Recht zusammen. „Für diejenigen Kinder, sagt es, welche im siebenten Monat nach geschlossener Ehe von der Gattin gebohren werden, streitet die Vermuthung der ehelichen Geburt. Nach dem Zeillerschen Commentar zu diesem Gesetzbuche 1. B. (Wien und Triest 1811.) S. 316. Nr. 2. ist dieses vom Anfange des siebenten Monats zu verstehen, und da dreyßig Tage für einen Monat gerechnet werden; so nimmt es 180 Tage für den frühesten Zeitraum von der Zeugung bis zur Geburt des Kindes an. Eben so hat der *Code Napoleon* civil. Lib. I. Tit. VII. Chap. I. Art. CCCXII. den Termin für die Anerkennung der rechtmäßigen Frühgeburten auf 180 Tage gesetzt.

20) S. Ludwig Institut. medicinae for. §. 107. und Henke angef. Abh. von Früh- und Spät-Geburten. 2. Kap. S. 298 ff.

Zeichen der Unreife, die einem siebenmonatlichen Kinde natürlich ist, an sich tragen. Denn käme die Frau im siebenten Monate nach der Hochzeit mit einem Kinde nieder, das nicht blos fortlebt, sondern auch alle Zeichen der Reife und Zeitigkeit an sich trägt, so kann ein solches Kind weder nach rechtlichen noch nach wissenschaftlichen Gründen als ein siebenmonatliches anerkannt, sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß es schon vor der Ehe von einem Andern erzeugt worden sey [21]).

21) S. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. §. 38. und *Pet. Lud.* Behrmann Commentat. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. *Goetting.* 1784. §. VIII. Ganz anderer Meinung ist Mende im Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Th. Materieller Th. Kap. 8. §. CXLI. S. 353. „Mit gutem Grunde, sagt er, hielt der römische Gesetzgeber sich an den Hippocrates; wir dürfen uns aber, bey der jetzigen Anwendung dieses Gesetzes, nicht an dessen Meinung halten, weil wir jetzt glaubwürdigere besitzen. Der im Röm. Recht ausgedrückte Grundsatz, daß nämlich auf das Urtheil der Aerzte zu bauen sey, muß festgehalten werden, nicht aber die von ihm aufgestellte Auctorität, welche keinen Glauben mehr hat, noch verdient. So will es in der That auch der Sinn des Röm. Rechts. Es ist daher, fährt er fort, unbegreiflich, wie man, nicht bloß in bürgerlichen Sachen, die zur Zeit der Römer geltende Meinung der Aerzte beybehalten, sondern sie sogar auch auf peinliche ausgedehnt, und sie bey den neuern Gesetzen zum Grunde gelegt hat. Vergleicht man daher, heißt es weiter §. CXLVIII. S. 358. die in den neuern Gesetzbüchern enthaltenen Anordnungen, die sich auf menschliche Früchte beziehen, mit den Resultaten, welche die neuern und neuesten Untersuchungen von Naturforschern und Aerzten darüber geliefert haben, — so findet

Da jedoch bey dieser gesetzlichen Zeitbestimmung blos die Begründung einer rechtlichen Vermuthung für die Rechtmässigkeit eines während der Ehe gebohrnen Kindes beabsichtiget wird [22]); so muß der Mann mit seinem Gegenbeweise gehört werden, wenn er das Kind nicht für das seinige erkennen will. Mit diesem Gegenbeweise findet aber der Mann nur dann Gehör, wenn er überzeugend nachweisen kann, daß er in dem ganzen Zeitraume, während dem das Kind gebohren worden, der Frau nicht ehelich beygewohnt habe, entweder weil er während dieser ganzen Zeit zum Beyschlaf unvermögend, oder dergestalt beständig von der Frau entfernt gewesen, daß er ihr nicht habe beywohnen können. Es gehört hierher die merkwürdige Stelle Ulpians in *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*

Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia *per decennium* [23]), reversum *anniculum* inve-

man, daß auch sie mit der Natur überall nicht übereinstimmen, sondern mit ihr, das Uebelste, was man von ihnen sagen kann, im grellsten Widerspruche stehen. Soll also das Gesetz wirklich das Rechte wollen, und nicht blos eine Sammlung willkührlicher und schwankender Behauptungen zur Richtschnur für das gesellschaftliche Leben aufstellen dürfen, so ist hierin eine gänzliche Umwandlung vorzunehmen."

22) Da hier blos von einer rechtlichen Vermuthung die Rede ist, so erklärt sich daraus, wenn Paulus *L. 12. D. de statu hom.* sagt: credendum est, und Ulpian *L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered.* iusto tempore *videri* natum. Der Ungrund der oben widerlegten Becker'schen Meinung liegt nun noch mehr am Tage.

23) Man kann es wirklich dem Bachov in Protis Pand. ad h. L. so sehr nicht verdenken, wenn er sich bey dem

nisse in domo sua: placet nobis JULIANI sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, JULIANUS ait, eum, qui cum uxore sua adsidue moratus, nolit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et SCAEVOLA probat, *si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus* [24]), *filium non esse.*

von Ulpian angeführten Beyspiele des Lachens nicht enthalten konnte. Und soll man es für Spaß oder Ernst halten, wenn *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 62. gegen Bachov, zur Ehrenrettung Ulpians, sagt: Nec adeo, quod *Ulpianus* scripsit, monere nugatorium est; ut etiam quibusdam gentibus placuerit, patrem haberi, *qui per decennium abfuerit, si modo quatuor maria, quibus Britanni cinguntur, non transierint*, ut in Anglia iuris esse scribit GAMBERLANUS in *noviss. statu Angliae.* P. I. Cap. 18? Sicher wollte Ulpian biennium schreiben. Dieses paßt auch eher zu dem *anniculus*, wenn man damit die *L.* 134. D. *de Verb. Sign.* vergleicht. *Franz* SCHOEMAN im Röm. Civilrecht nach dem Pandectentexte mit dem Preussisch. u. Französisch verglichen. 1. Heft. (*Giess.* u. *Wetzl.* 1808.) Lib. I. Tit. 6. Not. 10. S. 62. meint sogar, es müsse *biennium* statt decennium gelesen werden. Diese Lesart, sagt er, werde auch durch die Form des Anfangsbuchstaben des in der Spangenberg. Ausgabe des *Corp. iur.* gezeichneten florentinischen Manuscripts sehr wahrscheinlich.

24) Die Worte *licet vicinis scientibus* beziehen sich nicht auf die Feyerlichkeit der Römer, bey Schließung ihrer Ehen die Nachbaren als Zeugen hinzu zu ziehen, *L.* 9. *C. de*

Man hat es wohl unstreitig theils dem Daseyn jener gesetzlichen Bestimmungen, theils aber auch überhaupt der nachsichtiger gewordenen Sitte und öffentlichen Meinung zuzuschreiben, daß in unsern Zeiten die Untersuchung über Reife und Zeitigkeit einer Frühgeburt in Fällen des bürgerlichen Rechts nur noch selten den Gerichtsärzten übertragen wird. Billig aber sollte immer in solchen Streitfällen, wo es auf Beurtheilung des Alters einer frühgebohrnen Leibesfrucht ankommt, ein Gutachten der Sachverständigen, nach vorgenommener Besichtigung des Kindes, dem Richter zur Entscheidungsnorm dienen. Das römische Gesetz selbst, indem es sich auf das Ansehen des Hippocrates bey Bestimmung der Rechtmässigkeit siebenmonatlicher Leibesfrüchte beruft, gesteht dadurch zu, daß nur Aerzte über Gegenstände dieser Art eine bestimmte Entscheidung ertheilen können. Es liegt aber auch in der Natur des Gesetzes, daß man sich nur auf das Urtheil derer beziehen dürfe, denen hierin der höchste Grad der Glaubwürdigkeit zukommt. Hier versteht sich's denn freylich von selbst, daß in einem solchen Falle dem Arzt in seinem Urtheil nur im Allgemeinen zu bestimmen zukomme, ob der Grad der Reife und körperlichen Beschaffenheit der Frucht,

nupt. wie *Pet.* Perrenonius Animadversion. et variar. Lection. Lib. I. Cap. 9. (*in Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. I. pag. 604.) und *Ge.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. I. Tit. 6. §. *Superest.* (Opp. T. II. pag. 25.) sie verstehen. Denn es ist hier von der Rechtmäßigkeit der Geburt eines Kindes die Rede, wie auch *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. s. Pandect. a *Smallenburg* edit. h. L. Tom. I. pag. 136. bemerkt hat. Die Worte deuten vielmehr auf etwaige Verheimlichung der Geburt hin. S. Schoeman a. a. O. S. 63.

mit der angegebenen Zeit der Schwangerschaft übereinstimme oder nicht [25]).

Wie für die Frühgeburt, so haben die Gesetze auch für die Spätgeburt eine Normalzeit festgesetzt, und verordnet, daß jedes innerhalb derselben gebohrne Kind als ein rechtmässiges Kind des verstorbenen Mannes anerkannt werden soll. Es ist bekannt, daß um den zweyhundert achtzigsten Tag die natürliche Geburt eines reifen, ausgetragenen Kindes eintritt [26]). Dennoch lassen uns die Erfahrungen und Beobachtungen unserer Aerzte an der Möglichkeit überzeitiger Kinder, d. h. solcher, die länger als zweyhundert und achtzig Tage sich im Mutterleibe aufhielten, keinen Augenblick zweifeln [27]). Schon das hohe Alterthum liefert merkwürdige Beyspiele dieser Art. Sehr wichtig war demnach von jeher für die Naturforscher und Aerzte die Frage, wie lange ein Kind in Mutterleibe, über die gewöhnliche Zeit, zurückbleiben könne? und eben so wichtig die Aufgabe für die Gesetzgebung, welcher Termin nach den Beobachtungen derselben, als Normalzeit für die Rechtspflege, zu bestimmen sey, um darnach die Rechtmässigkeit solcher Kinder zu beurtheilen, welche noch nach dem Tode des Mannes von desselben Wittwe gebohren worden sind. Das römische Recht läßt den zehnten Monat für die Anerkennung der Spätgeburten zu, ein erst nach diesem Zeitpunct ge-

25) S. Henke in der angeführten Abhandl. S. 300. und Mende Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Theil. §. CXLI. und §. CL. S. 359.

26) S. Henke angef. Abh. 1. Kap. S. 272 ff. und Mende Handbuch 2. Th. 6. Kap. S. 303 ff.

27) Man findet mehrere merkwürdige Fälle solcher Spätgeburten in Henke angef. Abh. S. 323 — 329.

bohrnes Kind schließt es, als illegitim, von der gesetzlichen Erbschaft aus. Ulpian sagt in der *L.* 3. §. 11. *D. de suis et legitim. heredib.*

Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem.

Diesen Termin für die Beurtheilung der Rechtmässigkeit einer Spätgeburt hatten schon die Gesetze der zwölf Tafeln bestimmt. Es bezeugt dieses selbst Ulpian, wenn man die angeführte Stelle mit der *L.* 3. §. 9. *D. eodem.* verbindet, wo er sagt:

Utique et *ex Lege XII. Tabularum* ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuerit, admittitur, si fuerit editus.

Noch mehr aber bestärkt dieses eine sehr merkwürdige Stelle des Gellius [28]), welche hier einen Platz verdient. Sie lautet folgendermassen.

Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque venisse usu Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse; factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, *quoniam* decemviri *in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo, scripsissent.* Sed divum Hadrianum, causa cognita, decrevisse, *in undecimo quoque mense partum edi posse*; idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit, requisitis veterum Philosophorum et Medicorum sententiis.

28) *Noct. Atticar.* Lib. III. Cap. 16.

Jacob Gothofredus [29]) weist dem Gesetz seinen Platz unter den Fragmenten der vierten Gesetztafel an, und hat es auf folgende Art zu restituiren gesucht [30]):

SI QUI EI (sc. patri) IN X MENSIBUS PROXIMIS POSTUMUS NATUS ESCIT, IUSTUS ESTO.

Justinian hat hierin in der *Novella* XXXIX. *Cap.* 2. nichts geändert, sondern erklärt nur in einem ihm vorgetragenen besondern Falle, den er impudentissimum nennt, einen solchen Postumus für illegitim, den die

29) Fragmenta XII. Tabular. inter fontes quatuor iuris civ. Lib. I. (in OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. III. p. 34.)

30) Die Versuche anderer Rechtsgelehrten zur Herstellung der Textes Worte findet man in Heinr. Ed. Dirksen's Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824. 8.) S. 285 ff. Mit Recht wird daselbst die Meinung des J. Gothofredus widerlegt, wenn derselbe in den Probationibus ad Tab. IV. (in *Th. Otton.* Tom. III. pag. 94.) behauptet, der Ausdruck *iusto tempore* in der *L.* 3. §. 12. *D. de suis et legitim. heredib.* sey in der technischen Bedeutung zu nehmen, nach welcher das *iustum tempus* so viel, als *tempus lege XII. Tabularum definitum* heiße, und eben dasjenige sey, was sonst legitimum genennt wird, so daß also auch der in dem Röm. Recht für die Anerkennung lebensfähiger Frühgeburten bestimmte Termin von 128 Tagen aus den Gesetzen der 12 Tafeln herzuleiten sey. Denn der Satz JUSTO TEMPORE *videri natum*, will nichts anders sagen, als daß nach dem 182sten Tage ein Kind nach einem richtigen Zeitverhältniß als lebensfähig gebohren werden könne. In den *Basilic.* Tom. VI. pag. 9. heißt es eben so: *ἐν τῷ νομίμῳ χρόνῳ τίκτεται.*

Wittwe noch erst gegen das Ende des eilften Monats gebohren hatte, *quia graviditas in tantum tempus non protenditur* [31].

Die neueren Gesetzgebungen haben die im Röm. Recht für die Spätgeburten bestimmte Normalzeit theils bestätiget, theils um einige, jedoch nur wenige Tage, weiter erstreckt [32]. Da nun über Möglichkeit und Wirklichkeit derselben die Meinungen der Naturforscher, Aerzte, und Geburtshelfer noch immer eben so getheilt sind, wie über die Frühgeburten [33]; so war es allerdings eine sehr zweckmässige

31) S. den 2. Th. des Commentars §. 116 b. S. 107 ff.

32) Das allgemeine bürg. Gesetzbuch für Oestreich 1. Th. 3. Kap. §. 138. erklärt Kinder, welche im zehnten Monate entweder nach dem Tode des Mannes, oder nach gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes von der Gattin gebohren worden, für ehelich gebohrne. Die nach dem zehnten Monat gebohrnen Kinder aber unterwirft es, wenn die Rechtmäßigkeit ihrer Geburt bestritten wird, der Untersuchung der Kunstverständigen. S. den v. Zeillerischen Commentar 1. B. S. 315 f. Das allgemeine Preußische Landrecht. 2. Th. 2. Tit. Abschn. 1. §. 19. verordnet hingegen, daß ein Kind, welches bis zum 302ten Tage, nach dem Tode des Ehemannes gebohren worden, für ein eheliches Kind desselben zu achten sey.

33) S. auch hier die sehr gründliche und scharfsinnige Abhandlung des H. Hofraths Henke von den Früh- und Spät-Geburten. Kap. 3. (in desselben Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medicin. 3. B. S. 306 — 342.) Es sind daselbst die Ansichten der Aerzte und Naturforscher über die Möglichkeit der Spätgeburten in drey Classen getheilt worden, nämlich 1) in solche, welche sie unbedingt annehmen, ohne einen Zeitraum festzusetzen, bis zu welchem sie die Verzögerung der Geburt

Verfügung der Gesetzgebung, durch Bestimmung einer gewissen Zeitfrist für die Spätgeburten, um unnützen Rechtshändeln vorzubeugen, dem Richter eine Norm zur Begründung rechtlicher Vermuthung an die Hand zu geben. Diese gesetzliche Bestimmung muß aber auch den Richter in vorkommenden Fällen um so mehr leiten, da der Zeitraum, den die Gesetzgebungen bestimmt haben, wenn man damit die neuern, bey stehender Ehe gemachten, unverdächtigen Beobachtungen von Verzögerung der Geburt vergleicht, keinen zu langen Termin enthält [34].

Weil jedoch auch hier nur davon die Rede ist, was nach rechtlicher Vermuthung angenommen werden soll, die Vermuthung aber immer der Wahrheit weichen muß; so darf die Führung eines Gegenbeweises nie versagt werden, wenn entweder Zweifel eintreten, welche die Rechtmäßigkeit des in der gesetzlichen Zeit gebornen Kindes verdächtig machen, oder Gründe angegeben werden können, welche für die Rechtmäßigkeit der nach dem Ablauf des gesetzlich angenommenen Termins gebohrnen Kinder sprechen.

Die gesetzlich bestimmte Normalzeit bleibt also, wenn über die Rechtmäßigkeit der Geburt

für möglich halten; 2) in solche, welche die Möglichkeit und Wirklichkeit der Spätgeburten unbedingt läugnen; und 3) in solche, welche die Mitte zwischen beyden Gegensätzen halten, und die Spätgeburten bedingt, und bis zu einem gewissen Zeitraume für in foro gültig erklären. Dieser Meinung sind die meisten heutigen Aerzte, Teichmeier, Hebenstreit, Ludwig, Haller, Roose, Masius, Wildberg, Bernt, Sprengel, Osiander und Mende, denen auch Henke beystimmt.

34) S. Henke angef. Abh. S. 336 ff.

eines Kindes Zweifel entstehen, und daher dieselbe bestritten wird, von der Untersuchung der Kunstverständigen abhängig.

Dieses beweisen auch die bey den Alten vorkommenten Beyspiele, wo man Ausnahmen von dem gesetzlichen Termin hat statt finden lassen. So erklärte der Kaiser Hadrian in der oben aus Gellius angeführten Stelle ein Kind, das im eilften Monate nach dem Tode des Ehemannes gebohren war, für rechtmäßig. Er sagt in seinem Decret ausdrücklich, er habe diesen Ausspruch gethan, nachdem er zuvor die Meinungen der Aerzte und Philosophen vernommen habe. Ja Masurius erzählt nach Plinius[35], der Prätor Lucius Papirius habe sogar einem Kinde, welches die Mutter, nach ihrer Angabe, dreyzehen Monate getragen hatte, die bonorum possessio gegen den Erben gegeben, der die Erbschaft des verstorbenen Vaters in gerichtlichen Anspruch genommen hatte.

Auch die heutigen erfahrensten Geburtshelfer haben für unbezweifelt erklärt, daß es allerdings Ursachen gebe, welche zuweilen die Schwangerschaft über die gewöhnliche Zeit bedeutend verlängern. Diese Ursachen können in der Beschaffenheit des weiblichen Körpers liegen, wohin im Allgemeinen eine große Schwäche der Gebährmutter gehört, theils können es Gelegenheitsursachen seyn, psychische und physische[36].

Nach den gemachten Erfahrungen und Beobachtun-

35) *Histor. Natural.* Lib. VII. Cap. 4. in fin.

36) Eine Beurtheilung dieser Ursache findet man in Henke's angef. Abhandl. S. 316—321.

gen[37]) derselben dürften wir also wohl, sagt ein neuer, sehr würdiger Lehrer der gerichtlichen Medicin[38]), zur Annahme berechtiget seyn, daß eine Spätgeburt bis zum Ende des eilften Monds-Monats, mithin bis zum dreyhundert und achten Tage, recht wohl statt finden könne, daß späterhin aber diese Möglichkeit mit jedem Tage abnehme, und bis zum dreyhundert und zwey und zwanzigsten Tage gänzlich verschwinde, so daß über diesen Zeitraum hinaus Spätgeburten lebendiger Kinder nicht weiter zugestanden werden könnten.

Da übrigens Spätgeburten immer eine Ausnahme von der Regel sind, so ist jeder Fall nach genauer Untersuchung seiner Eigenthümlichkeit zu beurtheilen, und dabey 1) auf Seiten des Ehemannes darauf Rücksicht zu nehmen, ob er zur Zeit des letzten Beyschlafs noch zeu-

37) Die Beobachtungen der berühmtesten heutigen Aerzte, von *Foderé*, Osiander, Klein, Arnold, Schütz, Schnobel, Starke, Knape, Schneider, Wildberg, Bernt, Siebold, *d'*Utrepont und Henke findet man in des Letztern angef. Abhandlung S. 323 — 333.

38) Mende ausführl. Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Th. 6. Kap. S. 303 ff. besonders §. CXXXI. S. 316. Wenn Hippocrates den eilften Monat, als denjenigen angiebt, in welchem die Geburt nach dem ordentlichen Laufe der Natur öfters erfolge, so versteht er keinesweges eine eilfmonatliche Dauer der Schwangerschaft darunter, sondern gestattet dadurch nur die gewöhnliche Länge derselben von 280. Tagen. Es läßt sich dieses nach den Monaten der Griechen auf das genaueste berechnen, wie Mende 2. B. §. CXXXIII. S. 317. f. gezeigt hat.

gungsfähig war, oder nicht. Starb der Mann plötzlich bey vollen Kräften, so spricht die Wahrscheinlichkeit für die Wittwe. War hingegen der Ehemann nach langwieriger schwerer Krankheit gestorben, in welcher das Zeugungsvermögen fehlen mußte, so ist die Vermuthung wider dieselbe. 2) Auf Seiten der Frau, ob erwiesene Gründe für die Möglichkeit der Spätreifung und Spätgeburt ihrer Leibesfrucht vorhanden waren, oder nicht. Besonders kommt ihr sittlicher Ruf dabey in Betrachtung. Unbescholtner sittlicher Ruf muß so lange die Vermuthung für die Wittwe begründen, bis Gegenbeweis eines unerlaubten Umganges eintritt. Ich übergehe, was die Beobachtung der in ihrem Körper vorgehenden Bewegungen, und Merkmale anbetrifft, denn diese hat blos der Arzt zu beachten und zu prüfen [39]. 3) In Bezug auf die Beschaffenheit der Leibesfrucht kommt in Betrachtung, ob Zeichen der Ueberreife [40]) vorhanden sind. Jedoch ist die Ueberreife deswegen kein nothwendiges und unerläßliches Merkmal der Spätgeburt. Denn nach den Beobachtungen der neuern Aerzte, eines Osianders, Carus, *Foderé* und anderer, können, nach unzweifelhafter Verlängerung der Schwangerschaft, auch Kinder gebohren werden, die den zeitigen an Reife und Ausbildung gleich sind, ja sie können klein, mager, und schwach seyn, welches in dem Körperbau und Gesundheitszustande der Mutter, so wie in Krankheiten, welche die Mutter im Laufe der Schwangerschaft ausgestanden hat,

39) Man sehe hier wieder Henke's angef. Abhandlung. S. 340.

40) Man vergl. Henke S. 541. Lit. α. und Mende a. a. O. §. CXXXIV. S. 318. f.

seinen Grund haben kann; sie müssen aber doch immer in ihrer Bildung diejenige Eigenthümlichkeit haben, welche die Reife bezeichnet [41]). Hätte daher die Wittwe im zehnten Monate nach des Mannes Tode ein noch unreifes, wenn gleich lebensfähiges, Kind zur Welt gebracht; so kann ein solcher Partus nach rechtlicher Vermuthung keineswegs für ein ächtes Kind des Ehemannes gehalten werden [42]).

Eine Folge der rechtlichen Vermuthung ist es nun, daß die klagende Ehefrau bis zum Ausgang des Processes auf die provisorische Alimentation ihres Kindes den Antrag machen kann [43]). Diese Präsumtion stellt einstweilen den Beklagten als Vater des Kindes auf, und er ist daher auch, weil er dadurch in die Verhältnisse eines Vaters gesetzt wird, die Verbindlichkeiten der Paternität zu übernehmen schuldig, und muß sich also auch die Alimentation des Kindes gefallen lassen, bis er durch richterliches Erkenntniß freygesprochen worden ist [44]).

§. 1287. f.

In wiefern kann die Frau bey der Präjudicialklage de partu agnoscendo Vorschuß der Proceßkosten fordern?

Wenn die Frau mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo vor Gericht auftritt, so kann die Frage

41) S. Mende Handbuch 2. Th. §. CXXIII. S. 309.

42) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 116. b. S. 104. f.

43) Arg. *L.* 7. *D. h. t.* Carrach Adnotationes ad *Boehmeri* doctrinam de Actionibus Sect. II. Cap. I. §. 24. Not. a. Verb. *Provisionaliter* p 79.

44) S. Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. §. 40. S. 75 ff.

entstehen, ob sie auch den Vorschuß zu den Proceßkosten von ihrem Mann verlangen könne, wenn sie solche selbst zu bestreiten ausser Stand seyn sollte? Gmelin [45]) unterscheidet, ob die Frau klagt, während die Ehe zwischen ihr und ihrem Manne noch besteht, oder ob die Ehe zur Zeit der angestellten Klage bereits aufgehoben war. Im ersten Fall hat es keinen Zweifel, daß der Mann zur Auslage der Proceßkosten für die Frau zu verurtheilen sey. Denn da hier die Verhältnisse der beyden Eheleute noch fortdauern, so müssen auch ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, als Folgen jener Verhältnisse, ihre ursprüngliche Wirkungskraft noch beybehalten. Der Mann muß daher nicht nur der Frau, solange er von ihr noch nicht geschieden ist, den standesmässigen Unterhalt geben, sondern er ist auch als Haupt der Familie schuldig, die in der Ehe erzeugten Kinder als Vater in seine Vorsorge zu nehmen, mithin auch diejenigen, für deren Vater er nach rechtlicher Vermuthung gehalten wird, wenn auch deren Abstammung von ihm noch zweifelhaft ist. In dem letztern Falle hingegen soll das Gesuch der geschiedenen Frau um Vorschuß der Proceßkosten offenbar grundlos und vergebens seyn. Denn ist das Band, das sie einst an ihren Gatten knüpfte, einmal aufgelöst; so sey auch ihr voriger Mann durch die Ehescheidung von den ehemaligen Verbindlichkeiten des Ehegatten unmittelbar befreiet worden. Liegt nun auf ihm nicht mehr die Verbindlichkeit zur Alimentation der geschiedenen Frau, so sey auch nicht abzusehen, aus was für einem rechtlichen Grunde man ihn zu diesem Aufwande verbindlich machen könnte.

Allein schon längst hat die Praxis den Grundsatz angenommen, daß der Beklagte dem Kläger zum Vorschuß

45) Angef. Abhandl. §. 31—33.

der Proceßkosten gehalten sey, wenn letzter arm ist, und die Vermuthung einer gerechten Sache für sich hat [46]. Diesem Grundsatz zu Folge würde es also vielmehr darauf ankommen, ob die geschiedene Frau sich in einer solchen Lage befindet, wo der Mann vermöge des Senatusconsulti Planciani das Kind als das seinige anerkennen muß, wenn er nicht beweisen kann, daß es von ihm nicht gezeugt sey, oder nicht. Nur in dem letztern Falle stimme ich Gmelins Meinung bey, in dem ersten aber verdient die Meinung der Praxis, als die mehr begründete, den Vorzug.

§. 1288.

In wiefern kann die geschwächte ehelose Mutter eines Kindes mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen den Stuprator auf die Alimentation klagen? Unterschied zwischen dem Römischen und heutigen Recht. Einfluß des Canonischen Rechts.

Die beyden Senatusconsulte, das Plancianische, und das unter dem K. Hadrian gemachte, gingen nur auf die Anerkennung solcher Kinder, die in rechtmäßiger Ehe gezeugt worden. Die geschwächte ehelose Mutter kann also nach dem Röm. Recht vom Vater ihres unehelichen Kindes keine Agnition und Alimentation des Partus verlangen [47]. Ob nicht wenigstens der Concubine eine actio

46) Argum. *L.* 27. §. 3. *D. de inoff. testam. L. ult. Cod. de ordine cognition.* Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 83. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIII. Medit. 7 et 8. Cramer Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 933. Reinharth Select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. IV. Obs. 54.

47) S. Gmelin über die Präjudizialklage de partu agnoscendo. §. 34. und *Jul. Frid.* Malblanc Diss. sistens

de partu agnoscendo utilis gestattet worden? Man sollte es glauben, weil doch der Concubinat bey den Römern für eine erlaubte Verbindung gehalten wurde, und eine Concubine in dem Hause desjenigen, mit dem sie in dieser Verbindung lebte, uxoris loco war [48]. Dennoch schweigen die Gesetze hiervon gänzlich. Wir finden auch nicht, daß das von einer Concubine gebohrne Kind nach rechtlicher Vermuthung für ein Kind desjenigen gehalten worden wäre, in dessen Hause die Concubine, als solche, lebte. Die rechtliche Vermuthung, vermöge welcher der Ehemann für den Vater der von seiner rechtmäßigen Gattin gebohrnen Kinder gehalten wird, spricht nur für eheliche Kinder. Nur das Daseyn einer rechtmäßigen Ehe enthält den Grund dieser rechtlichen Vermuthung, wie die Regel lehrt: *Pater is est, quem* NUPTIAE *demonstrant* [49]. Eben so waren auch die in dem römischen Recht für Früh- und Spätgeburten festgesetzten Normaltermine, innerhalb welcher die Rechtmäßigkeit derselben angenommen werden darf, blos in favorem partus et matrimonii aufgestellt, und fanden bey unehelichen Kindern keine Anwendung [50]. Denn Spurii und vulgo quaesiti hatten

fata actionis de partu illegitimo agnoscendo. *Tubingae* 1814. auctore *Andr.* MENNET §. IV.

48) *L.* 144. *D. de Verb. Signif.*

49) *L.* 5. *D. de in ius voc.* S. *Franz.* RAMOS DEL MANZANO Schediasma de Concubinis Cap. 2. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 556.)

50) S. *Pet. Lud.* BEHRMANN Commentat. de termino nascendi naturali unico filiationis, et paternitatis fundamento (*Goetting.* 1784.) §. 9. *Alb. Guil. Aug.* BECKER Commentat. de partu septimestri, eoque spurio non legitimo. *Lipsiae* 1805. 8. §. 17. pag. 119 sqq. und MALBLANC cit. Diss. §. IV.

gar keinen Vater, von diesen hieß es: matrem sequuntur [51]). Nur dann, cum legitimae nuptiae factae sint, sagt Celsus [52]), patrem liberi sequuntur. Uneheliche Kinder können daher nach dem römischen Recht nur von der Mutter ihren Unterhalt verlangen, wie Ulpian [53]) ausdrücklich lehrt: Ergo et matrem cogemus praesertim *vulgo quaesitos liberos* alere. Von einer der Geschwächten von dem Stuprator zu leistenden Privatgenugthuung schweicht auch das Römische Recht gänzlich [54]).

In Deutschland sind aber diese strengen Grundsätze des Röm. Rechts nicht angenommen, sondern es ist sowohl der Zustand der unehelichen Kinder, als der geschwächten ehelosen Mutter von jeher besser gewesen. Man gestattet der Mutter nicht nur die Präjudicialklage de partu agnoscendo, als eine actio utilis, gegen den Vater ihres Kindes auf Verpflegung desselben, sondern man berechtiget sie auch Ehe oder Ausstattung von dem zu fordern, der sie geschwängert hat. Der Grund dieses heutigen Rechts beruhet hauptsächlich in den Verordnungen des Canonischen Rechts. Denn diese legen, ohne einige Rücksicht auf die römischen Gesetze, dem Vater schon, als Zeuger seines Kindes, die Pflicht auf, auch seine unehelichen Kinder zu ernähren, ja sogar solche, die im Ehebruch erzeugt sind [55]). Er ist dazu sogar in einem vorzüglicheren

51) *L.* 23. *et L.* 19. *D. de Statu hom.*

52) *L.* 19. *D. cit.*

53) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Man vergleiche §. 1286. S. 68. ff.

54) S. *Christ. Frid.* Jaeger Diss. de fatis et fundamento obligationis stupratorum ducendi aut dotandi vitiatas, praes. *Christ. Gottl.* Gmelin def. *Tub.* 1797. 4. § 2 et 3.

55) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 90. Joh. Christ. von Quistorp

Grade, als die Mutter, verbunden [56]). Es muß also auch die Mutter des unehelichen Kindes ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten, wenn er dieselbe verweigert oder verzögert, aufzufordern, und durch die Präjudicialklage de partu agnoscendo die Verpflegung ihres Kindes auf ihn zu übertragen berechtiget seyn [57]). Da diese Klage eben so, wie die directe Präjudicialklage, auf Anerkennung und Ernährung des unehelichen Kindes gerichtet wird, und auch die Paternität des Beklagten zum Grunde hat, so wird sie *actio de partu agnoscendo utilis* genennt [58]).

Eben so wurde auch die Verbindlichkeit des Stuprators die Geschwächte zu heyrathen, oder auszustatten, durch das Canonische Recht begründet [59]). Das Canonische Recht legte hier eigentlich das mosaische Recht [60]) zum Grunde. Nach diesem war derjenige, welcher eine unbescholtene Jungfrau zum Beyschlaf verführte, verpflichtet, die Verführte zu heyrathen. Ob sie auch in diesem Falle der Verführer, welcher sie heyrathete, habe ausstatten müs-

Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts. 2. B. §. 482. S. 229 ff. (der neuesten Ausgabe von Konopak.) und Malblanc Diss. cit. §. IX.

56) S. oben §. 1286. S. 77. a. E. u. f.

57) S. Gmelin über die Präjud. Klage de partu agnosc. §. 34. S. 83.

58) S. Schmidt's pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 394. ff. und Weber zu Schmidt Not. k.

59) Gmelin s. Jaeger Diss. cit. §. 5 et 6.

60) S. 2. B. Mose Kap. XXII. v. 15 u. 16. und 5. B. Mose Kap. XXII. v. 28 und 29.

sen, wird bezweifelt [61]. Soviel ist indessen gewiß, daß wenn auch der Vater ihm die Tochter nicht zum Weibe geben wollte, der Verführer doch nach dem Mosaischen Rechte schuldig war, soviel, als für den Kauf einer Jungfrau zur Ehe gewöhnlich war, dem Vater zu erlegen [62]. Das Canonische Recht verbindet Beydes, und verpflichtet, nach der versio vulgata des hebräischen Textes [63], den Verführer einer unbescholtenen Jungfrau sowohl zur Ehe als Ausstattung. Verweigert er die Ehe, so soll er am Körper gezüchtiget, excommunicirt, und ins Kloster gesteckt werden. Es gehören hierher aus den Decretalen Gregors *IX. Cap.* 1. *et* 2. X. *de adulteriis et stupro.* Der erste Text, welcher *in Exodo* überschrieben ist, enthält das Mosaische Gesetz, und dieß war schon früher in der christlichen Kirche angenommen [64]. Er lautet so:

Si seduxerit quis virginem, nondum desponsatam, dormieritque cum ea: *dotabit eam, et habebit uxorem.* Si vero pater virginis dare noluerit: reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt.

Der andere Text enthält eine Verordnung vom Pabst Gregor I. vom J. 591.

Pervenit ad nos, quod Felix quandam virginem stupro decepit. Quodsi verum est; quamvis

61) S. Boehmeri Observat. select. ad *Carpzovii* Practic. nov. Rer. crim. P. II. Quaest. LXVIII. Obs. I. p. 27 sq.

62) S. Michaelis mosaisches Recht. Th. V. §. 267.

63) S. *Jo.* Selden Uxor. Ebraica Lib. I. Cap. 16. und *J. H.* Boehmer iur. eccles. Prot. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 2 et 3.

64) *Can. Apostol. LXVI.*

esset de lege poena plectendus: nos aliquatenus legis duritiem mollientes, hoc modo disponimus, ut aut, quam stupravit, uxorem habeat, aut si renuendum putaverit, corporaliter castigatus, excommunicatusque, in monasterio, in quo agat poenitentiam, detrudatur, de quo nulla sit egrediendi sine nostra praeceptione licentia [65]).

Das Canonische Recht wollte also, wie aus diesen Texten erhellet, durch die Annahme des mosaischen Rechts, blos die Strafe mildern, die das Röm. Recht auf das Stuprum gesetzt hatte, und betrachtete daher die Privatgenugthuung der geschwächten Frauensperson als eine Strafe, deren Cognition vor die geistlichen Gerichte gezogen wurde [66]). Die Glossatoren verstanden dieses nun so, daß wenn der Verführer die Geschwächte heyrathe, er sich dadurch von aller weitern Strafe befreien könne [67]). Man erließ in diesem Falle dem Stuprator die Verbindlichkeit zu dotiren um so mehr, da sie die Verordnung des Pabsts Gregor des Großen nicht deutlich aussprach, und die alte Sitte, nach welcher ehemals bey den Deutschen der Mann seiner Frau eine Dos zubrachte, durch das

65) Daß hier von keiner alternativen Verbindlichkeit die Rede sey, hat Boehmer in seiner Ausgabe des Corp. I. C. ad h. cap. Not. 99. gezeigt. Man sehe auch Desselben Jus eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 4.

66) S. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de mulctis stuprorum. *Goett.* 1749. Cap. I. §. 13 sqq. (in *Elect. iur.* civ. Tom. III. Exerc. XXII.) Gmelin Diss. cit. §. 11. und Malblanc Diss. cit. §. 9. pag. 26.

67) S. Gonzalez Tellez Comm. in Decretal. Gregorii IX. ad cap. 2. X. de adult. et stupro. Boehmer ius eccles. Protest. cit. loc. §. 6.

Römische Recht längst erloschen war. Hierzu kam, daß wenn der Stuprator die Geschwächte heyrathete, derselben auch soviel nicht mehr daran gelegen war, zugleich eine Dos zu erhalten. Nur dann, wenn die Ehe nicht erfolgte, sondern der Verführer der Geschwächten eine Dos zu ihrer Abfindung gab, hielt man ihn für straffällig. Wie man nun in der Folge das Privatinteresse der Geschwächten von der öffentlichen Strafe genauer zu trennen anfing, so bildete sich nach und nach durch den Gerichtsgebrauch die nun allgemein herrschend gewordene Meinung, daß der Stuprator nur zu Einem von Beyden verbunden sey, entweder die Geschwächte zu heyrathen, oder sie auszustatten, und die Wahl habe, wozu er sich entschließen wolle [68]. Nachdem endlich auch in den meisten deutschen Ländern gewisse Strafen für die Schwächung waren bestimmt worden; so konnte nun zwar der weltliche Richter die Cognition des Vergehens vor seinen Gerichtshof ziehen; allein die Beschaffenheit der geistlichen Strafe, mit welcher das Canonische Recht die Schwächung bedrohete, und die nur von dem geistlichen Gericht erkannt werden konnte, machte, daß das Stuprum doch noch immer unter den geistlichen Verbrechen seinen Platz behauptete. Dieß hatte nun die Folge, daß das Stuprum für ein crimen mixtum gehalten wurde, welches eben sowohl von dem weltlichen, als geistlichen Richter bestraft werden konnte, und daraus entstand ein neues Unheil, nämlich daß der Stuprator von beyden Gerichten in Strafe genommen werden konnte [69].

68) Man sehe hier vorzüglich Jaeger s. Gmelin Diss. de fatis et fundamento obligationis stuprator. ducendi aut dotandi vitiatas. §. 12 et 13.

69) S. Boehmer Diss. cit. de mulctis stuprorum. Cap. I. §. 17. Es wird daselbst eine merkwürdige Stelle aus

Wie man aber bey der durch Luther im sechzehnten Jahrhundert veranlaßten Kirchen-Reformation unter andern auch darauf bedacht war, die geistliche Gerichtsbarkeit auf ihre Gränzen, die sie öfters überschritten hatte, zurückzuführen, so wurde nun auch die Bestrafung des Stuprums den geistlichen Gerichten entzogen, und blos den weltlichen Gerichten überlassen [70].

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche hat also der Verführer die Wahl, ob er die Geschwächte heyrathen oder ausstatten will. Denn die Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte ist jetzt eine blos alternative [71]. Die Geschwächte kann daher auch nur auf Eins von Beyden klagen, sonst kann ihr die exceptio plus petitionis entgegengesetzt werden [72]. Diese Verbindlichkeit tritt nach vollzogenem Beyschlafe ipso iure ein, wenn gleich die Geschwächte davon nicht schwanger geworden ist [73]. Es kommt auch darauf nicht an, ob

den *Capitularib. RR. Francor.* Lib. VII. cap. 306. angeführt.

70) S. Boehmer Diss. cit. Cap. I. §. 21. *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Observation. select. ad *Carpzovium* P. II. Quaest. LXIX. Obs. 1. p. 31. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. 2. B. §. 477. b. S. 264. der neuesten Ausgabe von Konopak. und Malblanc cit. Diss. §. IX. pag. 26.

71) S. *Burc.* Bardili Diss. de satisfactione stupratae. *Tubingae* 1685. *Aug. a* Leyser de stupri iudicio civili, in Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. 583. und von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 2. B. §. 479—481. nach der Ausg. von Konopak.

72) S. Leyser cit. Specim. medit. 2. und Koch Institution. iuris crim. §. 282. *edit. octav.*

73) So lehren alle sowohl theoretische als practische Rechtsgelehrte. S. Hommel Rhapsod. Quaestion. in foro quotidie

die Geschwächte eine Jungfrau oder Wittwe ist [74]. Die eine hat, wie die andere, das Recht, die Erfüllung einer

obvenient. Vol. VI. Obs. 878. *de* Canngiesser Collect. Decision. Hasso-Cassellanar. Tom. II. Decision. 307. Kind Quaestiones forens. Tom. II. Cap. 47. von Quistorp Grundsätze des deutsch. peinlichen Rechts. 2. B. §. 479. S. 268. Koch Institut. iuris crim. §. 283. Püttmann Elem. iuris crim. §. 586. *Theod.* Kretschmann Comm. de stupro voluntario. (*Stuttgard.* 1791. 4.) Sect. IV. §. 108. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 728. u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch Herr Oberappellationsrath Ritter von Hagemann in den practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. Band Erört. C. Daß eine unbescholtene, aber nicht geschwängerte Frauensperson, wegen einer blos durch Verführung erlittenen Schwächung gegen den Stuprator auf Entschädigung klagt, wird freylich ein seltner Fall seyn, besonders wenn der Beyschlaf nicht kundbar geworden ist. Allein es kommt hier darauf an, ob sie nicht zur Klage berechtiget sey? und dies läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Denn die Gesetze erfordern zur Begründung der Verbindlichkeit des Stuprators weiter nichts, als daß er eine unbescholtene Jungfrau zum Beyschlaf verführt habe. 2. B. Mose *XXII.* V. 16. und 5. B. *XXII.* V. 28 und 29. *Cap.* 1 *et* 2. *X. de adult. et stupro.* Von einer Schwängerung ist nirgends die Rede. S. Michaelis Mos. Recht. 5. Th. §. 267. Schwängerung wird auch zum Begriff des Stuprums gar nicht erfordert. S. Tittmann's Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts. 3. Th. §. 567. und von Quistorp Grundsätze des P. R. 2. B. §. 473. Ist die Klage einmal angebracht, wie kann sie nun zurückgewiesen werden? die Sache ist jetzt einmal gerichtskundig. Sie soll aber wegen eines öffentlich kundgewordenen Beyschlafs Satisfaction fordern können. Und wer steht ihr dafür, daß die Schwächung nicht durch

von beyden Verbindlichkeiten von dem Stuprator zu verlangen. Ihr Ruf muß nur unbescholten seyn. Denn der Grund der Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte beruhet in der gegen den ersten streitenden Vermuthung, daß er die Geschwächte zum Beyschlaf verführt, und ihr dadurch die Gelegenheit einer anständigen Heyrath entzogen oder erschwert habe [75]. Es giebt nun aber

I. Fälle, wo diese Verbindlichkeit ganz wegfällt [76]. Dahin gehört. 1) Wenn die Geschwächte früher von einem Andern geschwängert worden ist. Denn bey dieser findet der Grund, aus welchem einer unbescholtnen Frauensperson Genugthuung gebührt, nicht statt. Ihre jungfräuliche Ehre hatte sie schon durch die erste von einem Andern erlittene Schwängerung verlohren; es konnte ihr also durch die zweyte Schwächung in Absicht ihres künftigen Glücks kein weiterer Nachtheil zugefügt werden, da sie durch den zugelassenen ersten

den Verführer selbst über kurz oder lang kundbar werde, indem er sich der unzüchtigen Vertraulichkeit mit ihr berühmt. Warum sollte sie ihm nicht mit ihrer Klage zuvorkommen dürfen?

74) S. von Quistorp angef. Grunds. des P. R. 2. B. §. 479. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 7. B. Nr. 361.

75) S. Leyser cit. Specim. DLXXXIII. medit. 10. Boehmer iur. Eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 9. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 163. und 3. Th. Bed. 125 und 147. Koch Institut. iuris crim. §. 281.

76) *Georg. Jac.* Hoefft Diss. de virgine stuprata a stupratore non dotanda. *Giess.* 1712. besonders *Jo. Jac.* Schmid Diss. de exceptionibus stupratam ad satisfactionem privatam contra stupratorem agentem repellentibus. *Altorf.* 1794. 4.

Beyschlaf die Gelegenheit eine ihrem Stande gemäße Heyrath zu thun bereits verscherzt hatte [77]). Man nennt zwar freylich im Criminalrecht eine jede Weibsperson, sie sey Jungfrau oder Wittwe, die sich nicht ohne Wahl einem jeden Preis giebt, wenn sie gleich mit Verschiedenen den Beyschlaf gesetzwidrig befriediget hat, und nur zur Zeit des Beyschlafs von unberüchtigtem Lebenswandel gewesen, eine ehrbare und unverläumdete Weibsperson [78]); allein blos um sie von einer Hure (meretrix), und hierdurch in criminalrechtlicher Hinsicht Schwächung und Hurerey zu unterscheiden; auf die Verbindlichkeit des Stuprators zur Entschädigung der Geschwächten hat dieß keinen Einfluß [79]). Man pflegt hiervon zwey Fälle auszunehmen [80]), nämlich a) wenn die Ge-

77) S. Boehmeri ius eccles. Prot. c. I. §. 11. Struben's rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 147. Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XLVII. S. 705 ff. der 2. Aufl. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. LXIX. Koch Institut. iur. crim. §. 283. Schmid cit. Diss. §. 16. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 428. Anderer Meinung sind jedoch Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 19. Wernher Observat. for. Tom. II. P. II. Obs. 135. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 11. Th. 4. not. 12. und Püttmann Elem. iur. crim. §. 586. Man sehe jedoch Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Fasc. I. Obs. 902. pag. 187 sq.

78) S. von Quistorp Grds. des P. R. §. 473. Feuerbach's Lehrbuch des P. R. §. 452.

79) S. Quistorps angef. Beyträge S. 707 ff.

80) S. Quistorp in den angef. Beyträgen. S. 713. ff. und Müller in Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Fasc. I. Obs. 902. pag. 191. sqq.

schwächte von demjenigen, von welchem sie zuerst geschwängert worden ist, wegen der vermögenslosen Umstände desselben, oder aus andern ihr nicht zuzurechnenden Ursachen keine Entschädigung erhalten hat. Denn da die Gesetze und ein unbestrittener Gerichtsbrauch einer Geschwächten von ledigem Stande und unberüchtigtem Wandel eine Genugthuung unter dem Namen einer dos zubilligen, und zwar darum, weil ihr die Gelegenheit zu einer anständigen Heyrath, durch die erlittene Schwächung, benommen worden ist; so würde es, sagt man, unbillig seyn, daß eine Geschwächte darum, weil sie unverschuldeter Weise von dem ersten Verführer hülflos gelassen worden, nun nicht weiter befugt seyn sollte, von dem zweyten Verführer eine Abfindung zu verlangen. b) Wenn die Geschwächte von dem ersten Stuprator nicht blos zum Beyschlaf verführt, sondern wider ihren Willen gezwungen worden ist. Unter diesen Umständen, sagt man, sey der Geschwächten die Abfindung schlechterdings zuzusprechen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob sie von dem ersten Schwängerer eine dos erhalten habe, oder nicht. Denn durch Nothzucht werde die jungfräuliche Ehre mehr, als durch einen blossen unehelichen Beyschlaf, verletzt, daher müsse auch hier ein grösserer Ersatz für den erlittenen Nachtheil erfolgen, weil hierdurch die Gelegenheit, sich anständig zu verheyrathen, weit mehr erschwert werde. Allein so wenig es in dem letzten Falle einigem Zweifel unterworfen ist, daß die Genothzüchtigte ob attentatae pudicitiae infamiam mittelst der Injurienklage Genugthuung verlangen kann[81]); so wenig ist abzusehen, wie in dem ersten Falle der Umstand, daß die Geschwächte von dem ersten Stuprator keine Abfindung erhalten, einen Grund abgeben könne, dem zweyten Ver-

81) *L.* 1. §. 2. *L.* 9. §. 4. *D. de Iniuriis.*

führer die Leistung derselben aufzulegen, wenn der Geschwächten überhaupt keine dos gebührt. Wollte man diese Meinung in den Gerichten aufkommen lassen, so würde man dadurch, statt der Unzucht Einhalt zu thun, die Schwächungen offenbar begünstigen. Eine Geschwächte, welche von ihrem ersten Verführer keine Entschädigung erhielt, würde, statt sich dadurch von aller weitern Versuchung abschrecken zu lassen, die nächste Gelegenheit, an der es ihr nicht fehlen dürfte, benutzen, um sich von einem zweyten verführen zu lassen, von dem sie, nach den Vermögensumständen desselben, mit mehr Zuversicht eine angemessene Abfindung zu erwarten hätte. Von dieser Seite betrachtet, ist es schon gar nicht der Klugheit gemäß, eine solche Meinung zu billigen, welche daher mit Recht verworfen wird [82]). Ich stimme vielmehr aus voller Ueberzeugung den um unsere Wissenschaft unsterblich verdienten Böhmer [83]) bey, wenn er sagt: *Nemo facile dixerit, toties stupratae dotem deberi, quoties postea in idem incidit naufragium. Quae secunda vel tertia vice stupro sese vitiandam praebuit, nullo nec favore digna, nec laesionem aliquam, aut iacturam existimationis bonae, quam post primum stuprum iam amiserat, incurrit.* Die Geschwächte macht sich 2) des Anspruchs auf Leistung einer Entschädigung verlustig, wenn sie selbst den Stuprator zum Beyschlaf verführte [84]). Da

82) S. Schmid Diss. cit. §. XVI. in fin.

83) Jur. Eccles. Protest. Tom. V. c. 1. §. XI. pag. 104.

84) S. Voet Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 4. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 162. Boehmer ad *Carpzovium* P. II. Quaestion. LXVIII. Obs. 4. Müller Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. VI. Obs. 900. Schmid cit. Diss. §. 20.

jedoch eine solche Frechheit gegen den weiblichen Character streitet, so liegt jederzeit dem Beklagten, der diese Einrede der Klägerin entgegensetzt, der Beweis ob, welcher jedoch dadurch noch nicht für geführt zu achten ist, daß sie zu dem Beklagten ins Bett gekommen sey, wenn dieses nicht unaufgefordert, sondern auf vorgängige Verabredungen, und im Gefolge früherer Vertraulichkeiten geschahe [85]).

3) Wenn sie sich ausdrücklich für die Verwilligung des Beyschlafs eine Belohnung ausbedungen, und solche auch erhalten hat. Denn dadurch verzichtete sie stillschweigend auf eine weitere Entschädigung [86]). Jedoch sind freywillige Geschenke, wodurch dee Stuprator die Neigung der Geschwächten zu gewinnen suchte, oder die er ihr nach vollbrachten Beyschlafe machte, dafür nicht zu rechnen [87]).

4) Wenn sie eines unzüchtigen Lebenswandels überführt, und bewiesen werden kann, daß sie sich jeder Mannsperson ohne Unterschied überlassen habe, so daß kein ehrliebender Mann sie hätte heyrathen mögen [88]).

85) Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. VI. B. Erört. 100. §. 6. und von Quistorp Grds. des P. R. §. 480. Not. b.

86) S. Voet Commentat. ad Pand. c. l. Hagemann's pract. Erörterungen a. a. O.

87) Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 878. pag. 488. Tittmann's Handb. d. deutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 571. Not. k. und Hagemann a. a. O. Not. 14. S. 402.

88) *L.* 43. *pr. et* §. 1—3. *D. de ritu nupt.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. medit. 21—24. Koch Institut. iur. crim. §. 272. Müller ad *Leyserum* cit. Tom. VI. Observ. 902. Schmid cit. Diss. §. 13.

5) Wenn sie dem Stuprator die ihm zustehende Wahl dadurch genommen hat, daß sie sich vor, oder nach erhobener Klage, jedoch noch vor rechtskräftiger Definitiv-Entscheidung des Processes, mit einem andern verheyrathete [89]), oder nach dem Beyschlafe mit dem Kläger aufs neue mit einem Andern Unzucht trieb, denn ein solches Vergehen würde auch selbst ein gültiges Eheverlöbniß wieder aufzuheben berechtiget haben [90]). Jedoch nimmt man mit Recht den Fall aus, wenn der Beklagte schon vor erfolgter anderweit getriebenen Unzucht der Klägerin vor Gericht erklärt hatte, daß er sie nicht heyrathen könne und wolle. Hier kann er dennoch verurtheilt werden, der Klägerin wegen der nicht abgeläugneten Schwängerung gebührende Genugthuung zu leisten, weil hier der Grund, daß dem Beklagten die rechtliche Wahl durch der Klägerin Verschuldung genommen sey, nicht in Anwendung kommen kann [91]). Wenn man aber auch noch den Fall hierher rechnen will, da bey erfolgter Verheyrathung der Geschwächten, derselben Ehemann, nachdem er die frühere Schwangerschaft seiner Frau entdeckt, sich wieder von ihr scheiden lassen [92]); so ist diese Ausnahme ungegründet,

89) Leyser Specim. DLXXXIII. Corol. 1. Vol. IX. p. 173. Boehmer ad Carpzovium P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 10. Quistorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 1. und Hagemann's pract. Erörterungen a. a. O. §. 8. S. 405.

90) Voet c. l. von Quistorp Grds. des deutsch. peinl. R hts. 2. B. §. 480. Schmid cit. Diss. §. 19.

91) S. Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrechte. 1. B. Bemerk. XII.

92) *Jo. Frid.* Becker Diss. An stuprata, ab alio iam in matrimonium ducta, dotem a stupratore adhuc petere

weil hier die Geschwächte einer solchen gleich zu achten ist, die durch Zulassung abermaliger Schwächung dem Stuprator die Wahl genommen hat [93]).

6) Wenn die Geschwächte die Ehe, zu welcher sich der Stuprator bereitwillig erklärt hatte, ausschlug, ohne daß dieser Ehe ein gesetzliches Hinderniß entgegenstand [94]). Jedoch kann es für eine Weigerung auf Seiten derselben nicht angesehen werden, wenn der Stuprator die Vollziehung der Ehe von Bedingungen abhängig machen will, welche die Geschwächte nicht eingehen kann [95]). Ein gesetzliches Hinderniß würde eintreten, wenn die Eltern der Geschwächten, oder die Eltern des Stuprators, in deren Gewalt sich noch der eine oder andere Theil befindet, aus gerechten Ursachen in die Ehe nicht einwilligen wollen [96]). Ueberhaupt würde die Verweigerung der Ehe auch von Seiten der Geschwächten unnachtheilig seyn, wenn sie aus einem solchen Grunde geschehen sollte, aus welchem auch selbst ein gültiges Eheversprechen wieder aufgehoben werden kann [97]). Die Geschwächte kann hier noch die gebührende Ausstattung verlangen.

possit. *Giess.* 1787. §. 6. von Quistorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. S. 252.

93) S. Jaeger in der Not. 68. angef. Diss. §. 28.

94) Carpzov Iurispr. for. P. IV. Const. XXVII. Def. 1. Boehmer iur. eccl. Prot. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 10. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCXCIV. medit. 4. Hoepft Diss. cit. Cap. III. §. 8. von Quistorp Grds. des P. R. 2. B. §. 480.

95) Hagemann pract. Erörterungen. 6. B. Erört. 100. §. 8. S. 407.

96) Leyser Meditation. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. medit. 5. 6 et 7. und Hagemann a. a. O. §. 8. Nr. 5. S. 407. und Schnauberts Grds. des Kirchenr. §. 229.

97) Schmid cit. Diss. §. 17. und Hagemann S. 407.

Uebrigens muß in allen diesen Fällen der Beklagte seine Einrede um so mehr beweisen, da sie auf Thatumständen beruht, für die geschwächte Weibsperson aber die Vermuthung der Unbescholtenheit streitet. Der Beweis muß daher immer auf specielle Thatsachen gerichtet werden. Die Einwendung, daß die Klägerin keine unbetastete Jungfrau mehr gewesen sey, ist daher als Einrede ganz unzulässig, und eben so verwerflich der ihr blos im Allgemeinen dahin zugeschobene Eid, daß sie sich, außer dem Beklagten, sonst mit keiner andern Mannsperson vergangen habe. Denn da jede ledige Weibsperson solange nach rechtlicher Vermuthung für ehrbar und unbescholten gehalten werden muß, bis das Gegentheil bewiesen ist; so ist Niemand ihr zuzumuthen befugt, daß sie ihre Unbescholtenheit eidlich bekräftige [98]). Es giebt nun auch

II. Fälle, wo bloß die Wahl wegfällt, welche sonst dem Stuprator zusteht, und der Stuprator blos diejenige Verbindlichkeit zu erfüllen hat, auf welche die Geschwächte zu klagen berechtiget ist. So kann

1) die Geschwächte schlechterdings auf die Ehe klagen, wenn der Beyschlaf unter der Hoffnung der Ehe geschahe, d. h. auf ein gültiges Eheversprechen erfolgte [99]). Es gehört also weder hierher der Fall, wenn der Beyschlaf dem Versprechen der Ehe vorausging, noch auch wenn das Versprechen der Ehe während des Beyschlafs geschahe, auch nicht wenn der Beyschlaf zwar

98) Voet c. l. Hagemann a. a. O. §. 5. S. 403.

99) *Jo. Pet. de* Ludwig Differentiae iuris Rom. et Germ. in stupro sub matrimonii spe. Diff. 1. nr. 2. Koch Instit. iur. crim. §. 282. *Th.* Kretschmann Commentat. de stupro voluntario. Sect. IV. §. 101 — 107.

erst auf das Eheversprechen folgte, dieses aber an sich ungültig ist [100]). Denn der Satz des ältern Canonischen Rechts, daß durch den Beyschlaf sponsalia de futuro in sponsalia de praesenti verwandelt werden, und diese so unauflöslich, als die Ehe selbst, sind, findet jetzt weder bey den Katholiken noch Protestanten mehr Statt [1]). Daß übrigens die unter der Hoffnung der Ehe Geschwächte aus dem Beyschlafe schwanger geworden seyn müsse, um auf die Ehe klagen zu können, wird nicht erfordert [2]), so wie es denn auch gleichviel ist, ob die auf solche Art Geschwächte noch Jungfrau oder Wittwe ist [3]).

2) Die Geschwächte kann geradezu auf Ausstattung klagen, wenn ohne ihr Verschulden die Sache dahin gekommen ist, daß die Ehe nun nicht weiter Statt finden kann [4]). Dahin gehört

a) Wenn die Eltern des Stuprators oder die Eltern der Geschwächten, in deren Gewalt sich der eine oder andere Theil befindet, aus gerechten Ursachen in die eheliche Verbindung nicht einwilligen wollen [5]). Daß der

100) S. Joh. Chr. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXIX. S. 456—470. (der zweyten Aufl.) und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 4. B. Erört. LXV.

1) S. den 23. Th. dieses Commentars §. 1198. S. 71.

2) Wernher Select. Observation. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 301. Quistorp angef. Beyträge S. 469.

3) Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 11. Th. IV. Not. 12.

4) Leyser cit. Specim. DLXXXIII. medit. 5. und Koch Institution. iur. crim. §. 282.

5) Leyser Specim. DLXXXIII. medit. 8 et 9. Hommel Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. I. Obs. 19. nr. 3.

Dissensus der Eltern des Stuprators der Geschwächten nicht nachtheilig seyn könne, darin sind alle Rechtsgelehrten einverstanden. Allein ob in dem Falle, da dem Stuprator das ihm zustehende Wahlrecht durch die Versagung der Einwilligung der Eltern der Geschwächten, welche er zu heyrathen gesonnen ist, benommen wird, derselbe noch zu einer Dotation verpflichtet sey, ist zweifelhaft. Voet[6]) verneint es. Dieser Meinung steht jedoch entgegen, daß der Widerspruch der Eltern der Geschwächten, sofern derselbe auf einem gerechten Grunde beruhet, eine Handlung ist, die der Geschwächten auf keine Weise zugerechnet werden, und also auch ihr nicht zum Nachtheil gereichen kann. Sie ist also in Ansehung ihrer gleichsam als ein Casus zu betrachten, wodurch ohne irgend eine Concurrenz von Schuld die Wahl dem Stuprator nun unmöglich wird. In einem solchen Falle ist aber bey einer alternativen Verbindlichkeit dasjenige Gegenstand der Obligation, dessen Leistung dem Schuldner noch möglich ist. Nach dieser Ansicht bleibt also der Stuprator schon nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen zur Dotation verpflichtet[7]). Ueberdem ist Mangel der elterlichen Einwilligung bey den ehelichen Verbindungen solcher Personen, die noch unter elterlicher Gewalt stehen, ein gesetzliches Ehehinderniß[8]). Daß aber in einem solchen Falle der Stuprator

Jo. Sam. Frid. Boehmer Observ. select. ad Carpzovium P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 10. in fin. von Quistorp Grundſ. des P. R. 2. B. §. 480. a. E. Hagemann pract. Erörterungen. 6. B. Nr. C. §. 7.

6) Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 4.

7) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 316. S. 305.

8) S. den 23. Th. §. 1196.

zur Dotation verpflichtet sey, läßt sich selbst aus dem *Cap.* 1. *X. de adulter. et stupro* nicht undeutlich schliessen. Wollte man endlich das Gegentheil behaupten, wollte man mit Voet annehmen, der Stuprator werde frey von seiner Verbindlichkeit; so würde ja der elterliche Dissensus eine wahre Wohlthat für den Stuprator seyn, deren er doch gewiß unwürdig ist.

b) Wenn sich der Stuprator mit einer andern Person verheyrathet hat [9]). Denn hierdurch hat er sich des ihm zustehenden Wahlrechts begeben.

c) Wenn er nachher eine andere Weibsperson geschwächt hat [10]). Denn aus diesem Grunde hätte auch ein gültiges Eheversprechen wieder aufgehoben werden können.

d) Wenn der Stuprator zur Zeit des verübten Beyschlafs schon verheyrathet war, oder auch sonst die Geschwächte gar nicht heyrathen kann; z. B. wenn ein katholischer Geistlicher ein Mädchen beschlafen, oder ein Jude eine Christin, oder ein Christ eine Jüdin geschwängert hat. Zwar ist es sehr streitig, ob in einem solchen Falle, besonders wenn der Verführer ein Ehemann ist, die Geschwächte auch dann Abfindung verlangen könne, wenn sie von dem Hinderniß der ehelichen Verbindung schon zur Zeit des zugelassenen Beyschlafs Kenntniß gehabt hat.

9) Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 4. in fin. Leyser c. l. medit. 5. Hommel Obs. 19. nr. 2. von Quistorp Grds. §. 480.

10) S. von Quistorp a. a. O. Kretschmann Commentat. de stupro voluntario. §. 109. Jaeger s. Gmelin Diss. de fatis et fundamento obligat. stuprator. ducendi aut dot. vitiat. §. 27. pag. 62.

Viele [11]) wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil sowohl das Mosaische, als das darauf sich gründende Canonische Recht die Möglichkeit der Ehe voraussetzen, und folglich die Geschwächte, welche gewust hat, daß der Stuprator sie nicht heyrathen kann, sich ihres Rechts Genugthuung zu fordern, stillschweigend begeben habe. Die Dotation trete an die Stelle der ausgeschlagenen Ehe, als Leistung des Interesse, daß die Ehe nicht erfolgt sey. Falle also die Ehe, als rechtlich unmöglich, hinweg; so könne auch keine Verbindlichkeit zur Dotation, als deren Surrogat, Statt finden. Ueberhaupt sey es auch schon der Klugheit gemäß, die von Ehemännern geschwächten Weibspersonen mit der Klage auf Dotation abzuweisen, damit sie sich vor den Umarmungen der Ehemänner desto mehr hüten. Allein mit Recht wird diese Meinung von andern [12]) verworfen, weil die Gründe, auf denen sie

11) Voet Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 4. p. 869. Carpzov Jurispr. for. P. V. Const. XXVII. Def. 2. Bardili Diss. de satisfactione stupratae. Cap. III. M. III. nr. 35. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 244. nr. 4. Bastineller Diss. de dote virgini a marito vitiatae non praestanda. *Vitemb.* 1715. Jo. Ludw. Schmidt öffentliche Rechtssprüche 2. Abschn. Nr. XXXVIII. S. 263—267. Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Fasc. I. Obs. 899. u. a. m.

12) *J. H.* Boehmer iur. eccl. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 12. nr. 12. Berger Elect. process. matrimonial. pag. 279. et pag. 524. Leyser Meditat. cit. Specim. medit. 8 et 9. *J. S. F.* Boehmer ad *Carpzovium* P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 7. von Quistorp Grds. des d. P. R. 2. B. §. 479. S. 279. Koch Instit. iuris crim. §. 283. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 878. *Paul Jos. a* Riegger Institut.

beruht, höchst unbedeutend sind, und theils eine offenbare petitio principii enthalten, theils zuviel, und also nichts, beweisen. Denn Erstens richten wir uns ja jetzt weder nach dem Mosaischen, noch nach dem Canonischen Recht, sondern nach dem durch eine unbestrittene Praxis nun einmal angenommenen Grundsatz, daß der Verführer die Geschwächte entweder zu ehelichen oder auszustatten gehalten sey, und es übrigens seiner Wahl überlassen bleibe, wozu er sich entschließen will. Hat nun ein Ehemann eine unbescholtene ledige Weibsperson zum Beyschlaf verführt, so wußte er ja, daß ihm in diesem Falle kein Wahlrecht zustehen könne, also hat nicht sowohl die Geschwächte auf die Dotation, sondern vielmehr der Stuprator auf die Wahl verzichtet. Der Verführer verliert folglich hier die Wahl, nicht durch Verschuldung der Geschwächten, sondern durch seine eigne Schuld. Er ist daher schon nach den allgemeinen Regeln einer alternativen Verbindlichkeit zur Dotation verbunden [13]). Zweytens ist aber auch zwischen beyden Verbindlichkeiten kein so enges Verhältniß vorhanden, daß die eine die Möglichkeit der andern nothwendig voraussetzt; sonst könnte sich ja der Stuprator nach Gefallen frey machen. Er dürfte sich nur verheyrathen. Welche Ungereimtheit! Vielmehr kann nach der Natur eines alternativen Forderungsrechts

iurispr. eccles. P. IV. §. 516. *Jos. Jo. Nepom.* PEHEM Praelection. in ius eccles. univers. P. II. §. 421. Not. pag. 266. *Xav.* GMEINER Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 837. Cor. 3. SCHMID Diss. cit. de exceptionib. stupratam ad satisfact. privat. contra stuprator. agentem repellentibus. §. 27 et 28. und Hagemann's pract. Erörterungen. 6. B. Erört. C. §. 7.

13) Arg. *L.* 95. §. 1. *D. de Solution.*

der Gläubiger, oder hier die Geschwächte, noch auf das Andere, das heißt, auf Dotation, klagen, wenn durch die Culpa des Schuldners, hier des Stuprators, das Eine, nämlich die Ehe, unmöglich ist. Drittens ist es ganz irrig, daß die Dotation der Geschwächten ein Surrogat der Ehe sey. Sie ist keine wahre römische dos, sie ist vielmehr als ein Ersatz für die der Geschwächten entzogene oder erschwerte Gelegenheit, eine nach ihren Umständen vortheilhafte Heyrath einzugehen, zu betrachten [14]. Sie kann also gefordert werden, auch wo keine Ehe Statt findet; weil hier immer noch der Grund der Verbindlichkeit zur Dotation gültig bleibt. Hierzu kommt Viertens, daß die Gesetze im Allgemeinen von Jedem sprechen, der ein unbescholtnes Mädchen zum Beyschlaf verführt hat, ohne Rücksicht, er sey eine ledige Mannsperson, oder Ehemann. Diese gründen sich nun zwar freylich auf das Mosaische Recht, welches keine Wahl gestattet, sondern schlechterdings auf die Ehe dringt, ohne in Ansehung des Ehemannes eine Ausnahme zu machen, weil bey den Israeliten die Polygamie erlaubt war. Allein, wenn gleich jetzt die Polygamie unter Christen nicht mehr erlaubt ist, und daher die angeführten Stellen des Canonischen Rechts von einer ledigen Mannsperson verstanden werden müssen, welche die Geschwächte heyrathen kann; so müssen doch diese Gesetze, da sie die Vorschrift des Mosaischen Rechts zum Grunde haben, daraus erklärt werden. Man ist also allerdings zu der Schlußfolge berechtiget, daß weil, wegen des heutigen Verbots der Polygamie, die Ehe nicht Statt

14) S. Boehmer iur. eccles. Prot. c. l. *J. S. F.* Boehmer Observat. ad *Carpzov.* P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 1. Schmid Diss. cit. §. 11.

finden kann, wenigstens die Dotationsverbindlichkeit eintrete. Denn sonst würde ja der Ehemann, der sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, mehr begünstiget werden, als der Stuprator, welcher ledigen Standes ist [15]). Endlich Fünftens wenn man sagt, es sey schon nicht der Klugheit gemäß, der Geschwächten in diesem Falle eine Klage zu gestatten, damit sich ledige Weibspersonen vor den Umarmungen der Ehemänner hüten möchten; so würde man mit eben dem Recht sagen können, es sey der Klugheit gemäß, alle Geschwächte mit ihren Ansprüchen gegen die Stupratoren abzuweisen, um sie von unkeuschen Umarmungen abzuhalten. Wenn Puffendorf [16]) den Knoten dadurch zu lösen vermeint, daß der Ehemann der von ihm geschwächten Weibsperson zwar nicht zu einer Dotation, wohl aber zu einer Satisfaction für die Verführung zum Beyschlaf, und den Verlust ihrer jungfräulichen Ehre verbunden sey, so ist dies wohl für nichts anders als ein Wortspiel zu erklären.

e) Wenn der Stuprator, oder die Geschwächte gestorben ist. Denn sowohl die Verbindlichkeit des Stuprators zur Dotation, als die Klage der Geschwächten geht auf die Erben über. So wie also die Erben des Stuprators verbunden sind, die schuldige Abfindung aus der vorhandenen Erbschaftsmasse, so weit sie zureicht, der Geschwächten zu entrichten, ohne zu unterscheiden, ob die Geschwächte schon bey Lebzeiten des Stuprators ihre Abfindungsklage erhoben hatte, oder nicht [17]); eben so können

15) S. Berlich Conclus. pract. P. V. Concl. XXXVIII. nr. 35.

16) Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 44.

17) Voet Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 5. in fin. Boehmer Observation. select. ad *Carp-*

auch noch die Erben der Geschwächten auf die ihrer Erblasserin nicht entrichtete Ausstattung klagen [18]). Denn hier ist blos von einer Privatgenugthuung die Rede, welche das Vermögen angeht. Solche Leistungen müssen nach dem canonischen Recht aus dem Vermögen des Verstorbenen bestritten werden, so weit es zureicht, wenn sie gleich aus einem Delict herrühren [19]). Eine Wahl zwischen Ehe und Abfindung, wie Leyser [20]) meint, kann auch bey den Erben nicht mehr Statt finden [21]). Viele Rechtsgelehrten [22]) behaupten zwar, daß die Klage auf Dotation nur dann auf die Erben der Geschwächten übergehe, wenn sie solche noch bey ihrem Leben selbst erhoben hat. Ja

zov. P. II. Quaest. 68. Obs. 3. Koch Institut. iur. crim. §. 281. von Quistorp Grds. des P. R. 2. B. §. 479. S. 269. Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Obs. 901. pag. 175 sqq.

18) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 8. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandectar. P. III. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 45. von Quistorp Grds. des P. R. §. 479. a. E. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 514. Not. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 421. pag. 266. *Xav.* Gmeiner Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 837. Cor. 1. u. a. m.

19) *Cap. ult. X. de sentent. excommun. Cap.* 5. *X. de raptorib.* S. Kleinschrod Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

20) Specim. DLXXXIII. medit. 14.

21) S. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Obs. 901. pag. 182. Koch Institut. iur. crim. §. 281. von Quistorp §. 479. Not. o. Jaeger s. Gmelin cit. Diss. §. 25. pag. 57.

22) Perez Praelect. in Cod. Lib. IX. Tit. 10. nr. 52. Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 5. *J. S. F.* Boehmer Select.

einige [23]) gehen soweit, daß sie den Erben nicht einmahl die Fortsetzung der Klage gestatten wollen, wenn die Geschwächte während des Processes, und vor der Verurtheilung des Stuprators, gestorben ist. Jene suchen ihre Meinung aus verschiedenen Gründen zu rechtfertigen. Einige betrachten die Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte als eine Privatstrafe, welche ihren Grund in der Verführung einer unbescholtenen Frauensperson habe, wodurch ihr die Ehre ihrer weiblichen Keuschheit geraubt worden, weil dem Staate selbst daran gelegen sey, daß den Frauenspersonen ihre Keuschheit unverletzt erhalten werde. Sie wenden daher die Grundsätze von Pönalklagen an [24]), und wollen also auch nicht einmahl der Geschwächten eine Klage gegen die Erben des Stuprators gestatten, wenn sie solche nicht schon bey dessen Lebzeiten gegen ihn angestellt hat [25]). Andere gehen von dem Grundsatz aus, eine alternative Obligation erlösche, wenn dem Schuldner, ohne daß es an ihm gelegen, die Wahl genommen wird. Dieses geschehe hier durch den eingetretenen Todesfall der Geschwächten. Habe sie aber die Klage schon bey ihrem Leben angestellt, so sey nun der Stuprator quasi ex contractu zur Dotation verpflichtet [26]). Noch

Observation. ad *Carpzov.* P. II. Qu. LXVIII. Obs. 3. Koch Institut. iur. crim. §. 281. in fin. Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Observ. 901. pag. 183 sq. Gmelin cit. Diss. §. 25. pag. 57. Schmid Diss. cit. §. 25.

23) Wernher Select. Observation. for. Tom. II. P. VI. Obs. 330.

24) *L. 1. pr. D. de privat. delict.*

25) Jaeger cit. Diss. §. 25. p. 57. in Verbindung mit §. 21.

26) Voet, Boehmer, Koch, Müller und Schmid, welche Not. 22. angeführt sind.

andere stützen ihre Meinung auf den Satz, daß bey einer alternativen Verbindlichkeit der Verzug des Schuldners die Wahl auf den Gläubiger übertrage. Dieser Verzug trete aber auf Seiten des Stuprators nicht gleich mit Anstellung der Klage, oder mit erfolgter Einlassung auf dieselbe, sondern erst dann ein, wenn der Stuprator, die Geschächte zu heyrathen oder zu dotiren, verurtheilt worden ist [27].

Allein die Grundsätze von den Römischen Pönalklagen finden hier keine Anwendung. Denn diese sind längst durch das Canonische Recht verdrängt, vermöge welchen die Verbindlichkeit zur Entschädigung aus unerlaubten Handlungen auf die Erben übergeht, die Entschädigungsklage mag bey Lebzeiten der Interessenten angestellt worden seyn, oder nicht [28]. Nun ist ja aber die der Geschwächten gebührende Genugthuung, nach einer ganz unbestrittenen Ansicht der heutigen Praxis, nichts anders, als eine Entschädigung für die der Geschwächten durch den Beyschlaf entzogene oder erschwerte Gelegenheit zu einer anständigen Verheyrathung [29], wozu der Stuprator ipso iure wegen der Verführung der Geschwächten, und der ihr geraubten jungfräulichen Ehre, verpflichtet ist. Es kann also die Satisfactionsklage der Geschwächten keine

27) Wernher Sel. Observation. for. c. l. verbunden mit Tom. I. P. V. Obs. 212.

28) S. Tittmann's Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 176. S. 449.

29) S. Boehmer iur. eccl. Protest. Lib. V. Tit. 16. §. 9. Struben's rechtl. Bedenken. 3. Th. Bed. 125. Quistorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. LXXVI. §. 1. S. 251. Hagemann's pract. Erörterungen. 6. B. Erört. C. §. 2. u. §. 5. Koch Instit. iur. crim. §. 281 et 282.

Pönalklage seyn, da Klagen dieser Art auf eine bestimmte Geldsumme gehen, und eben so wenig kann sie als eine Injurienklage betrachtet werden, da hier von einer freywilligen Schwächung die Rede ist, mithin die Regel gilt, volenti non fit iniuria [30]). Der Einwurf, daß die Geschwächte, wenn die Satisfactionsklage eine bloße Entschädigungsklage wäre, auch auf Ersatz aller Schäden, welche die Geschwächte durch den zugelassenen Beyschlaf erlitten hat, z. B. eine geschwächte Wittwe auf Entschädigung für den Verlust des Witthums, und der übrigen ihr als Wittwe ausgesetzten Vortheile, den sie dadurch erlitten hat, klagen könnte, enthält einen offenbaren Fehlschluß. Denn mehr als die ihr in den Gesetzen zugebilligte Abfindung kann sie ja nicht verlangen, und zu etwas mehrerem ist ihr auch der Stuprator nicht verbunden. In Ansehung aller übrigen Schäden, welche die Geschwächte folgeweise erlitten hat, trifft sie daher die Rechtsregel: Damnum, quod quis sua culpa patitur, non intelligitur sentire [31]). Sie kann also dafür keinen Ersatz fordern, weil sie sich diesen Verlust selbst zuzuschreiben hat. Eben so wenig kann auch der Einwurf in Betrachtung kommen, daß der Geschwächten kein Beweis eines Dolus oder einer Culpa obliege, wie sonst dem Kläger bey andern Entschädigungsklagen aus Delicten. Denn dieß hat seinen Grund darin, weil hier die Schuld auf Seiten des Verführers rechtlich angenommen wird, und daher keines weitern Beweises bedarf [32]). Daraus läßt sich aber keinesweges folgern, daß die ihr gebührende Genugthuung eine Strafe sey. Es ist zwar

30) *L.* 1. §. 5. *D. de Iniuriis.*

31) *L.* 203. *D. de div. Reg. iuris.*

32) S. Jaeger Diss. cit. §. 24.

nicht zu läugnen, daß das Canonische Recht, wie auch oben bemerkt worden ist, die Genugthuung der Geschwächten anfangs als eine Strafe für den Verführer betrachtete, die an die Stelle der härtern Strafe des Röm. Rechts gesetzt wurde. Allein die Gestalt der Sache änderte sich, nachdem die spätere Gesetzgebung eigene Strafen für die Schwächung bestimmt hatte. Nun trennte man das Privatinteresse der Geschwächten von der öffentlichen Strafe, und der Gerichtsgebrauch betrachtete jenes, so wie bey jedem Verbrechen, als den Entschädigungspunct, der nun, nachdem dem Verführer zwischen Ehe und Ausstattung die Wahl gelassen war, nicht mehr als Strafe erscheinen konnte, weil öffentliche Strafe und Privatstrafe nicht neben einander bestehen können [33]), wohl aber Strafe und Privatgenugthuung [34]).

Da jedoch, nach der Natur eines blossen Privatinteresse, die Geschwächte sich auch ihrer Ansprüche auf Privatgenugthuung begeben kann [35]), so muß sie sich freylich erklären, ob sie dieselbe geltend machen wolle [36]). Stirbt sie also, ohne sich noch bey ihrem Leben über den Punct ihrer Entschädigung erklärt zu haben, so können freylich die Erben derselben nicht für sich auf Dotation klagen,

33) *L.* 56. §. 1. *D. de furt.* *L.* 6. *D. de iniur.* *L.* 14. *D. de Accusat.*. S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 8. und Weber zu Höpfners Comm. über d. Institut. §. 1017. Not. *).

34) *L. un. C. Quando civ. actio crim. praeiudic.*

35) S. von Quistorp Grds. des P. R. §. 480. Schmid Diss. cit. §. 21. Hagemann practische Erörterungen. 6. B. Erört. C. §. 8. Nr. 2.

36) Jaeger cit. Diss. §. 25.

da ihnen die Einrede eines mangelnden Interesse entgegenstehen würde. Denn man muß hier immer, nach der Natur des weiblichen Characters, annehmen, daß sie mit Fleiß geschwiegen, und die Sache nicht habe kund werden lassen wollen. Puellae, sagt Hommel[37]), honeste de caetero viventes, si amores lateant, non facile dotem petent. Hat aber die Geschwächte bey ihrem Leben den Stuprator zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert; so erklärt ihn das Gesetz für schuldig, wenn ihn auch der Richter noch nicht verurtheilt hätte. Sie hat also ein Recht eins von beyden zu fordern, Ehe oder Dotation, und stirbt sie, so erlischt mit ihrem Tode ihr Forderungsrecht nicht, sondern sie hat es insofern auf ihre Erben transmittirt, daß diese noch auf die ihrer Erblasserin gebührende Dotation klagen können. Denn daß hier durch den Todesfall der Geschwächten dem Verführer die Wahl unmöglich geworden ist, befreyt ihn nicht von seiner Verbindlichkeit zur Dotation, welche nach vollbrachtem Beyschlafe ipso iure begründet war[38]). Der Geschwächten fällt hier keine Schuld zur Last, sondern ihr Tod ist als ein Zufall zu betrachten, dieser aber befreit den Schuldner bey einer alternativen Verbindlichkeit nicht, sondern hebt nur das Wahlrecht des Gläubigers auf, der Schuldner aber ist noch das Andere zu leisten schuldig, was in seiner Macht steht[39]). Die Meinung, daß die

37) Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 878.

38) Jaeger cit. Diss. §. 27. pag. 62.

39) *L.* 32. *pr. D. de condict. indebiti.* *L.* 2. §. 3. *D. de eo, quod certo loco.* *L.* 95. §. 1. *D. de Solutionib.* S. Chladenii Diss. de iure debitoris circa electionem in causis alternativis. *Vitemb.* 1725. §. 16. und Zimmern über das Erlöschen alternativer Forderungs-

mora auf Seiten des Stuprators erst mit der Rechtskraft des Erkenntnisses eintrete, worin er die Geschwächte zu heyrathen oder zu dotiren verurtheilt wird, und ihm bis dahin sein Wahlrecht offen stehe, hat an sich ihre Richtigkeit [40]), kann aber hier nicht zur Entscheidung dienen. Sie entscheidet nur die Frage, wenn der Stuprator sich durch ungebührliche Verzögerung seines Wahlrechts verlustig mache. Die Folge, die man daraus herleiten will, als ob der Stuprator von aller Verbindlichkeit frey sey, wenn die Geschwächte während des Processes stirbt, ist also ein offenbarer Trugschluß. Selbst wenn die Satisfactionsklage, nach der oben widerlegten Meinung, eine Pönalklage wäre, würden die Erben der Geschwächten solche post litem contestatam fortsetzen können. Starb die Geschwächte vor entstandenem Proceß, so wird freylich vorausgesetzt, daß der Stuprator den Beyschlaf mit der Geschwächten nicht geläugnet habe, und es daher, nach geschehener Aufforderung der Geschwächten, blos an ihm gelegen, sich zu erklären, und der ihm vom Gesetz auferlegten Verbindlichkeit nachzukommen.

Es entsteht hierbey noch die Frage, ob die Geschwächte wegen Verzögerung des Stuprators eine Ausstattung zu fordern berechtiget sey, wenn sie sich gleichwohl mit einem Andern unterdessen verlobt, oder verheyrathet, oder einem Andern den Beyschlaf mit ihr aufs neue gestattet haben sollte? Es kommt hier zunächst darauf an, wenn diese Verzögerung auf Seiten des Stuprators rechtlich angenommen werden kann? Nach der Meinung

rechte. Nr. I. (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. 1. Band. Nr. XXIII. S. 310 ff.)

40) S. Hagemann a. a. O. §. 9. S. 408. f.

der Practiker [41]) soll sie eintreten, wenn der Stuprator, die Geschwächte zu heyrathen oder zu dotiren verurtheilt worden, und dieses Urtheil rechtskräftig geworden ist. Zögert nun der Stuprator noch sich zu erklären, und seiner Verbindlichkeit nachzukommen, so sey er unbedingt schuldig, die Klägerin auszustatten, wenn gleich dieselbe, während dieser Zögerung, sich mit einem Andern verheyrathet, oder sich wieder von einem Andern hätte schwängern lassen. Allein das rechtskräftige Urtheil benimmt dem Stuprator sein Wahlrecht nicht ipso iure, sondern berechtigt blos die Geschwächte, den Richter zu bitten, daß er dem Stuprator eine Zeit bestimme, binnen welcher er sich bey Verlust seines Wahlrechts zu erklären habe, ob er die Geschwächte heyrathen, oder dotiren wolle. Diesen Termin muß die Geschwächte noch abwarten. Binnen dieser Zeitfrist hat sich nun entweder der Stuprator erklärt, oder nicht. In dem letzten Fall ist nun erst der Stuprator in mora, und nun ist er unbedingt schuldig, die Klägerin, auf weiteres Anrufen derselben, auszustatten, wenn sie sich auch nach fruchtlos abgelaufenem Termin an einen Andern verheyrathet, oder ihm den Beyschlaf mit ihr gestattet hätte. Eine andere mora stupratoris ist nicht hinreichend, auch selbst nicht die Litiscontestation. Die Geschwächte darf sich daher, wenn sie auf eine Ausstattung Anspruch machen will, noch mit keinem Andern verloben, oder verheyrathen. Denn so lange sich der Stuprator noch nicht erklärt hat, oder der ihm gesetzte Termin noch nicht

41) Wernher Select. Observ. for. Tom. I. P. V. Obs. 212. Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 19. Quistorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. LXXVI. §. 1. S. 252. Hagemann's pract. Erörterungen. 6. Th. Nr. C. §. 9.

verstrichen ist, kann er mit Recht verlangen, daß ihm sein Wahlrecht auf keine Weise verletzt werde [42]. In dem ersten Falle hingegen, da sich der Stuprator erklärt hat, und seiner Verbindlichkeit nicht ungesäumt nachkommt, muß die Geschwächte beym Richter nachsuchen, daß er demselben durch die geeigneten Zwangsmittel anhalte, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Denn das, wozu sich der Stuprator erklärt hat, macht nun den Gegenstand der Obligation aus, und hierauf allein ist das Recht der Geschwächten beschränkt. Hiervon abzugehen, ist ihr nicht erlaubt. Z. B. der Stuprator hat erklärt, daß er die Klägerin heyrathen wolle. Hier kann die Geschwächte unter dem Vorwand, der Beklagte habe die Ehe verzögert, nicht mit einem Andern sich verheyrathen, wenn nicht dem Stuprator ein peremtorischer Termin gesetzt war, binnen welchem er die Ehe mit der Geschwächten vollziehen sollte, und dieser vergebens verstrichen ist. Hier kann sie, ihrer Verheyrathung ungeachtet, die Dotation verlangen.

Uebrigens ist die der Geschwächten in dem Falle, da ohne ihr Verschulden die Ehe mit dem Stuprator nicht erfolgt, nach den Gesetzen gebührende Abfindung, oder

42) Berger in Oecon. iuris. Lib. III. Tit. XI. Th. 4. Not. 7. sagt: Electio stupratoris, ducere uxorem, an dotare stupratam velit, amittitur *mora*, a reo in eligendo contracta; ergo liberum deinceps fuerit actrici, reiecta illa conditione, alii nubere, et nihilo secius petere dotationem. Allein, wenn ehe dieser Verzug auf Seiten des Stuprators eintrete, darüber hat er sich nicht erklärt. Man sehe dagegen Leyser Vol. IX. Specim. DLXXXIII. Cor. 6. Boehmer Observation. Select. ad *Carpzovium* P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 10. und besonders Jaeger Diss. cit. §. 28.

sogenannte Ausstattung, *dos*, kein wahrer Brautschatz, wie schon oben bemerkt worden ist. Sie hat daher auch nicht die Rechte einer römischen dos, und kann also nicht nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt werden, denen diese Art der Dotation ganz fremd ist. Vergeblich wird sich demnach die Geschwächte in dem Concurse der Gläubiger ihres Verführers auf die Vorzugsrechte berufen, welche dem Heyrathsgute der Eheweiber beygelegt sind [43]). Dahingegen kann sie aber auch ihre Ausstattung fordern, ehe sie noch heyrathet [44]). Denn die Bedingung der Ehe, welche die römische Dos stillschweigend mit sich führt [45]), liegt hier nicht zum Grunde, weil die Geschwächte die ihr gebührende Genugthuung als eine Entschädigung für den Nachtheil fordert, den sie durch die ihr geraubte jungfräuliche oder weibliche Ehre, und durch die ihr dadurch entzogene oder erschwerte Gelegenheit zu einer anständigen Heyrath erlitten hat [46]).

Man pflegt indessen bey Bestimmung der Größe der Ausstattung auf das Verhältniß des von der Geschwächten

43) Irrig wird gleichwohl das Gegentheil behauptet von Beck in Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum. Cap. V. §. 10. Man sehe dagegen Boehmer iur. eccles. Protest. T. V. Lib. V. Tit. 16. §. 8. Leyser Specim. cit. Meditat. 11. in fin. von Quistorp Grds. des P. R. §. 481. Hagemann a. a. O. §. 2. und Jaeger Diss. cit. §. 17.

44) *Ant.* Matthaei de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 5. Dig. Cap. VII. nr. 22. Voet Comment. Lib. XLVIII. Tit. 5. Dig. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. P. III. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 45.

45) *L.* 21. *D. de iure dot.*

46) Koch Institut. iuris crim. §. 282. und Quistorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 1.

bey ihrer Verheyrathung zu inferirenden Brautschatzes Rücksicht zu nehmen 47), sofern nicht die Landesgesetze oder Gewohnheiten schon hierin etwas Gewisses bestimmt haben sollten 48). So wie sich nun die Bestellung einer dos nach dem Stande der Braut richtet, und daher bald größer bald geringer ausfällt 49); so ist auch die Abfindung der Geschwächten nach dem Stande derselben in der Art zu bestimmen, daß sie dadurch Hoffnung zu einer nach ihren Umständen vortheilhaften Heyrath erhält 50). Aus diesem Grunde kann die Geschwächte eine Ausstattung verlangen, wenn sie gleich bey dem Mangel eigenen Vermögens, oder bey der Armuth ihrer Eltern ihrem künftigen Ehegatten kein anders Heyrathsgut hätte zubringen können, als ihre jungfräuliche Ehre und Schönheit 51). Sind die Eltern bemittelt, so pflegt die Praxis auch darauf Rücksicht zu nehmen, wie viel diese nach ihren Vermögensumständen der Geschwächten zum Heyrathsgute erweislich oder wahrscheinlich gegeben haben möchten 52). Bey einer

47) Jaeger s. Gmelin cit. Diss. §. 26.

48) Boehmer Iur. eccles. Prot. c. l. §. 13. von Quistorp Grundsätze des Pein. Rechts 2. Th. §. 481. S. 276. (nach der Kleinischen von Konopak fortges. Ausgabe.)

49) *L.* 69. §. 5. *D. de iure dot.*

50) *Abr.* Kaestner Diss. de dote a stupratore stupratae praestanda. *Lips.* 1745. Voet c. l. §. 3. Boehmer iur. eccles. Prot. c. l. §. 7. Jaeger cit. Diss. de fatis et fundam. obligationis stuprator. ducendi aut dot. vitiat. §. 26. Hagemann pract. Erörterungen a. a. O. §. 2.

51) Quistorp's Grundſ. des P. R. a. a. O. besonders Boehmer ad *Carpzovium.* P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 2.

52) Lauterbach Colleg. c. l. §. 43. v. Quistorp a. a. O. und Kretschmann Commentat. de stupro voluntario. Sect. IV. §. 114.

geschwächten Wittwe sieht man auf den Stand, den sie von ihrem verstorbenen Mann erhalten hat, wieviel sie diesem gemäß bey einer zweyten Verheyrathung zum Heyrathsgute einbringen müßte [53]. Man pflegt aber auch darauf zu sehen, wieviel sie dem ersten Manne zum Heyrathsgute zubrachte [54]. Ueberhaupt hängt bey Bestimmung der Größe der zuzubilligenden Abfindung das Meiste vom richterlichen Ermessen ab [55]. Daß jedoch dabey auch auf die Vermögensumstände des Stuprators Rücksicht zu nehmen sey, leidet keinen Zweifel [56]. Ist dieser reich, und die Geschwächte arm, so pflegt der Stuprator nach diesem Verhältniß auch wohl zur Bezahlung einer grössern Dos, als sonst gewöhnlich, verurtheilt zu werden [57]. Könnte jedoch derselbe bey seinen schlechten Vermögensumständen der Geschwächten keine Abfindung leisten, so ist er zur Vollziehung der Ehe mit derselben schlechterdings verbunden [58]. Die Eltern des Schwängerers sind hingegen zu keiner Dotation verpflichtet [59].

53) Jaeger cit. Diss. §. 26. pag. 60.

54) Quistorp a. a. O. Kretschmann cit. loc.

55) Lauterbach c. l. §. 43. Koch c. l. §. 282. in fin. Quistorp. S. 277. Jaeger c. l.

56) Lauterbach c. l. von Quistorp a. a. O. Not. f. Koch c. l.

57) *De* Canngiesser Decision. Hasso - Cassellan. Tom. I. Decis. CXXXVIII. pag. 589.

58) Boehmer iur. eccles. Protest. c. l. §. 12. von Quistorp Grds. des P. R. §. 480. a. E. S. 273.

59) Boehmer I. E. P. c. l. §. 11. Voet c. l. §. 5. Koch Institut. iur. crim. §. 281. Püttmann Elem. iuris crim. §. 586.

Zuweilen pflegt auch wohl bey der Bestimmung der Größe der Dos auf den Stand des Dritten gesehen zu werden, welchen die Geschwächte, nachdem der Stuprator die Ehe mit ihr ausgeschlagen hat, oder sie sonst nicht heyrathen kann, zu heyrathen Gelegenheit gefunden hat [60]. Denn die richterliche Billigkeit, welche hier eintritt, zieht hier alle eintretenden Umstände in Erwägung, die bey der Bestellung einer Brautgabe berücksichtiget zu werden pflegen [61].

§. 1288. a.

Verbindlichkeit des Stuprators zur Ernährung des Kindes. Sind die bey den ehelich gebohrnen Kindern für Früh- und Spätgeburten zur Begründung einer rechtlichen Vermuthung der Paternität gesetzlich bestimmten Termine auch auf die ausser der Ehe gezeugten Kinder anzuwenden?

Ist es zur Schwängerung gekommen, so tritt nun auf Seiten des Stuprators noch eine andere Verbindlichkeit ein, die er auch selbst in solchen Fällen zu übernehmen hat, in welchen er der Geschwächten zu keiner Satisfaction verbunden ist. Es ist die Verbindlichkeit zur Alimentation des aus seinem Beyschlafe erzeugten Kindes, welche ihm als Vater obliegt [62], und welche nach einem unbestrittenen, auf das Canonische Recht [63] sich gründen-

60) S. *Ant.* MATTHAEI Comm. de Criminib. ad Lib. XLVIII. Dig. Tit. 3. Cap. VII. nr. 22. p. 432. (*Vesaliae* 1672. 4.)

61) *L.* 69. §. 4. *D. de iure dot.*

62) *Ge. Jac.* LINDNER Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos. *Altorfii* 1796. 4. KRETSCHMANN Commentat. de stupro voluntario. Sectio IV. §. 120 sqq. von Quistorp Grds. des P. R. 2. Th. §. 482.

63) *Cap.* 5. *X. de eo, qui duxit in matrim.*

den, deutschen Gerichtsgebrauche bey allen unehelichen Kindern Statt findet, sie seyen aus einem Ehebruch, oder Incest, oder Stuprum, oder sonst aus einem unehelichen Beyschlafe erzeugt worden[64]). Diese dem Stuprator obliegende Alimentation des Kindes begreift auch die Entbindungs-, Tauf- und Proceßkosten in sich[65]). Der Grund dieser Verbindlichkeit beruht in der Paternität. Diese räumt nun entweder der Stuprator ein, oder nicht. Im ersten Fall bedarf sie keines weitern Beweises. In dem letztern Falle muß sie bewiesen werden. Dieser Beweis liegt nun der Geschwächten, als der Klägerin, ob, und ist theils auf das Factum des Beyschlafs, theils darauf zu richten, daß das Kind aus demselben nach dem Verhältniß der Zeit habe gebohren werden können. Soviel den ersten Beweispunkt anbetrifft, so wird aus dem eingeräumten oder erwiesenen Beyschlafe die Schwängerung vermuthet. Sie bedarf also keines besondern Beweises[66]). Behauptet der Beklagte, die Klägerin könne

64) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. LXX. §. 7. S. 364. ff. von Quistorp Grds. a. a. O. Not. a. S. 281. und Lindner cit. Diss. §. 32.

65) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. III. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 47. Jo. Lor. Dorn pract. Commentar über das Peinl. Recht. 1. B. §. 182. Quistorp's rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 3. S. 254. a. E.

66) S. Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 47. und Hagemann's pract. Erörterungen. 6. B. Erört. 100. §. 11. S. 409. f. Es ist daher unrichtig, wenn Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 398. sagt, die Klägerin habe die Schwängerung zu beweisen.

aus dem mit ihm vollbrachten Beyschlafe nicht schwanger geworden seyn, so muß er diese Einrede vollständig beweisen. Zur Begründung ihrer Klage kann sich die Geschwächte wider den angeblichen Stuprator der Eidesdelation bedienen, wenn sie auch sonst keine weitern Beweisgründe oder Vermuthungen für sich haben sollte [67]). Es hat indessen keinen Zweifel, daß bey vorhandenen starken Vermuthungen, z. B. wenn der Stuprator mit der Geschwächten in einem Bette wäre betroffen worden [68]), oder wenn die Geschwächte die besten Zeugnisse ihres vorigen guten und unbescholtenen Lebenswandels für sich haben, der Stuprator aber schon mehrere unschuldige Mädchen verführt haben, und also ein solcher Mensch seyn sollte, dem man seines bisher geführten Wandels wegen die Verführung der Geschwächten wohl zutrauen kann, der überdem auch die von der Geschwächten angeführten Thatsachen abzulehnen oder zu schwächen nicht im Stande gewesen ist; die Geschwäch[te] zum Erfüllungseide zu lassen sey, besonders wenn von Seiten des Stuprators wegen der gegen ihn streitenden Verdachtsgründe ein Meineid zu befürchten seyn möchte [69]). Daß außerdem die bloße Bezüchtigung einer geschwächten Weibsperson, wenn sie auch während der Geburtsschmerzen erfolgt, oder mittelst körperlichen Eides bestätiget, oder in der Todesstunde geschehen seyn sollte, an sich zum Beweise gegen den Stuprator nicht genüge, wenn nicht dabey solche Umstände angegeben worden sind,

67) S. Ge. Jac. Fried. Meister's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. B. Bemerk. II. S. 17. ff.

68) *Cap.* 12. *X. de praesumt.*

69) S. von Quistorp Grds. des P. R. §. 485.

welche dieselbe wahrscheinlich machen, ist eine von allen Rechtsgelehrten anerkannte Wahrheit [70]).

Soviel hiernächst den andern Beweispunct anbetrifft, so würde der Beweis des mit der Klägerin vollbrachten Beyschlafs ganz vergeblich seyn, wenn nicht auch zugleich erwiesen wäre, daß aus diesem Beyschlafe das Kind nach dem Verhältniß der Zeit habe gebohren werden können. Es entsteht aber hierbey die Frage, wenn das Kind noch vor Ablauf des regelmäßigen Termins von neun Monaten, oder 280 Tagen, oder erst nach Ablauf dieses regelmäßigen Zeitpuncts wäre gebohren worden, ob der Stuprator daraus die Einrede herleiten könne, daß das Kind nicht von ihm gezeugt sey? Lassen sich die für Früh- und Spätgeburten bey den ehelich gebohrnen Kindern gesetzlich bestimmten Termine, innerhalb welcher die Rechtmäßigkeit derselben vermuthet wird, auch auf die außer der Ehe erzeugten Kinder in der Masse anwenden, daß derjenige, der mit der Mutter des Kindes im siebenten oder zehnten Monate vor deren Niederkunft, den Beyschlaf begangen zu haben, einräumt, für den Vater des Kindes nach rechtlicher Vermuthung zu halten sey? Diese Frage ist sowohl unter den Rechtsgelehrten, als Aerzten sehr streitig. An einer gesetzlichen Bestimmung fehlt es hier schlechterdings [71]), und bey jenen für die Vermuthung der Rechtmäßigkeit ehelich gebohrner Kinder festgesetzten Normaltтерminen scheint nach dem Urtheil angesehener Aerzte [72]), in

70) S. *El. Aug.* Stryk Diss. de designatione patris a matre infantis facta. (rec. *Halae* 1739.) Cap. II. und von Quistorp angef. Grds. §. 484.

71) S. von Quistorp Grunds. des P. R. §. 482. Not. h.

72) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 105.

favorem partus et matrimonii der weiblichen Schwäche vielleicht mehr nachgesehen zu seyn, als sich aus den Grundsätzen der gerichtlichen Medicin gutheissen läßt. Bey den unehelichen Kindern fällt auch der Grund weg, aus welchem die eheliche Geburt begünstiget wird. Denn uneheliche Kinder folgen der Mutter, und haben an den Familienrechten des Vaters keinen Antheil [73]). Daher läßt sich von ehelichgebohrnen Kindern auf uneheliche Kinder kein gültiger Schluß machen. Daß die Bestimmungen der Gesetze über jene Vermuthung der Rechtmäßigkeit einzig zum Besten der Kinder gemacht sind, erhellet ganz deutlich aus der Verordnung des Kaisers Justinian, in welcher er sagt [74]): Et hoc facimus *favore liberorum*, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat. Diese Verordnung bezieht sich blos auf Fälle, wo Kinder ihre Legitimität gegen den Vater oder einen Dritten geltend machen oder vertheidigen wollen, und alle Beyspiele, welche das Röm. Gesetzbuch von der Anwendung jener Rechtsvermuthung aufstellt, sind daher von dem Filiationsstreite eines Kindes mit seinem präsumtiven Vater hergenommen. An einen Rechtsstreit, worin ein außer der Ehe gezeugtes Kind den Stuprator seiner Mutter, als seinen Vater, wegen der Alimente in Anspruch nimmt, ist in den gesetzlichen Bestimmungen über die erwähnte Rechtsvermuthung gar nicht gedacht, und es konnte auch gar nicht daran gedacht werden, weil die Römer den Begriff der Vaterschaft nur allein auf die rechtmäßige Abstam-

73) *L.* 19. *D. de statu hom.*

74) *L.* 11. *Cod. de natural. lib. Nov. LXXXIX. Cap.* 8. §. 1.

mung bezogen[75]) und den Grundsatz aufstellten, daß uneheliche Kinder im rechtlichen Sinn gar keinen Vater hätten[76]). Dieß sind die Gründe, aus welchen mehrere Rechtsgelehrte[77]) und Aerzte[78]) die aufgeworfene Frage verneinen. Dagegen behaupten Andere, sowohl Rechtsgelehrten[79]) als Aerzte[80]), daß in Rücksicht jener

75) *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt. L. 5. D. de in ius voc.*

76) *L. 23. D. de statu hom.* §. 4. *I. de success. cognator.*

77) *Pet. Ludw.* Behrmann Diss. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. §. IX. Joh. Heinrich Christ. von Selchow Rechtsfälle. 4. B. Decis. CXI. S. 48. *Ge. Jac.* Lindner Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos. §. XX. *Alb. Guil. Aug.* Becker Commentat. de partu septimestri §. XXI. et XXII. und Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts. 2. Th. 1. Heft (Braunschweig 1818. 8.) Nr. XXXI.

78) Schnobel Diss. de partu serotino in medicina forensi temere nec affirmando, nec negando. *Jenae* 1786.

79) Ernst Gottfr. Schmidt theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 2. B. §. 398. S. 168. Ge. Jac. Fried. Meister pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrechte. 1. Band Bemerk. XVI. S. 113. f. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen 4. Band Erört. LXVIII. S. 345. ff. Schweppe Röm. Privatrecht §. 728. Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Bd. §. 1287. S. 177. Hagemann pract. Erörterungen. 6. B. Erört. CI. S. 411. ff. und Franz von Zeiller Commentar über das allgemeine Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band 1. Th. 3. Hauptst. §. 163. Nr. 3. S. 365.

gesetzlich bestimmten Termine zwischen ehelich- und unehelichgebohrnen Kindern, wenn es auf die nach dem Verhältniß der Zeit zu vermuthende Paternität ankommt, kein Unterschied zu machen sey. Der Stuprator sey demnach, wenn er den Beyschlaf mit der Geschwächten zu einer solchen Zeit begangen zu haben einräumt, binnen welcher, nach Maasgabe jener gesetzlichen Termine, die Geburt des Kindes daraus hat erfolgen können, zur Anerkennung und Ernährung des Kindes für verbunden zu halten, sofern er nicht das Gegentheil, daß er gleichwohl nicht Vater des Kindes seyn könne, klar zu beweisen vermöge. Die Gründe sind folgende. Erstens beruhe der Grund der Gesetze in der vom Hippocrates behaupteten Möglichkeit, daß ein lebensfähiges Kind im siebenten Monate nach der Empfängniß, ja sogar im Anfange desselben, gebohren werden könne. Hippocrates habe, ohne Rücksicht auf Ehe und eheliche Geburt, in seinen Schriften nur die bis dahin streitig gewesene medicinische Frage in der Masse entschieden, daß zur Perfection eines Partus nicht durchaus neun Monate erforderlich wären, sondern ein lebensfähiges Kind auch schon früher, schon im siebenten Monate, ja schon im 182sten Tage gebohren werden könne. Die Römischen Rechtsgelehrten, Paulus und Ulpian, hätten diesen Satz auch in den Rechten angenommen, und denselben bey der Entscheidung der ihnen vorgelegten Fälle von ehelichen Geburten, wäh-

80) Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. §. 58. Metzger kurzgef. System der gerichtlichen Arzneywissenschaft. §. 282. Not. a. S. 294. (der dritten Ausgabe). Mende ausführl. Handbuch der gerichtl. Medizin. 2. Th. §. 50. a. E. S. 229. (Leipzig 1821.)

rend des siebenten Monats, zur Anwendung gebracht. Hierdurch hätten sie aber die Fälle nicht ausgeschlossen, in welchen von der Paternität eines ausser der Ehe gebohrnen Kindes die Rede ist, sondern hätten vielmehr, indem sie einen speciellen Fall entschieden, eine, auf das wissenschaftliche Zeugniß eines gelehrten und berühmten Arztes gegründete, allgemeine Regel festgesetzt. Es sey demnach offenbar, daß gesetzliche Bestimmungen, die sich auf dasjenige gründen, was der Natur nach sich annehmen läßt, nicht blos auf eheliche Kinder eingeschränkt werden könnten. Hierzu komme aber noch Zweytens, daß die Möglichkeit einer lebensfähigen Geburt im siebenten Monate, und die darin liegende Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Natur, auch durch die Beobachtungen der neuern Aerzte [81]) bestärkt werde. Drittens der Grund der Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Natur beruhe darin, weil besondere Ursachen eine Geburt theils beschleunigen, theils verzögern könnten. Diese Ursachen könnten bey einer geschwächten Weibsperson viel eher, als bey einer schwangern Ehefrau, eintreten. Denn der nagende Kummer und heimliche Verdruß, auch andere heftige Gemüthsbewegungen, Schaam und Reue, denen eine Geschwächte ausgesetzt sey, könnten es leicht verursachen, daß hier die Natur von dem gewöhnlichen Ziele abweiche. Endlich Viertens dürfte auch wohl, bey einer zweifelhaft scheinenden Auslegung der Gesetze, nach der Billigkeit, und der Natur der Sache, nicht blos auf die Begünstigung der ehelichen

81) Man beruft sich auf LUDWIG Institut. medicinae forens. §. 107. ROEDERER Elem. artis obstetric. Cap. IX. §. 205 et 206. und von Haller Anfangsgründe der Physiologie des menschl. Körpers. Th. 8. S. 702.

Geburt, sondern überhaupt auf favorem partus um deswillen Rücksicht zu nehmen seyn, weil dieser bekanntlich in den Gesetzen sehr hervorgehoben werde, und in Hinsicht auf den präsumtiven Vater, sowohl bey unehelichen als bey ehelichen Kindern, auf gleiche Weise eintrete, besonders wenn die Mutter der ersteren kein Vermögen besitzt.

Möchte auch vielleicht gegen diese Meinung noch Manches aus Grundsätzen des Rechts und der gerichtlichen Medicin eingewendet werden können; so ist sie doch, wie selbst diejenigen nicht in Abrede stellen, welche die entgegengesetzte Meinung vertheidigen, in der Praxis [82]) angenommen, und

82) *Jo. Henr. de* BERGER Oeconom. iuris ad usum hodiern. accommodati. Lib. I. Tit. II. Th. II. Not. 3. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad Eundem. Not. h. Tom. I. pag. 42. *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. V. Obs. 604. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XV. medit. 2. pag. 156. BECK Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum. pag. 215 — 225. Beyträge zu der jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. 3. Samml. 1. Abschn. Nr. III. S. 34 — 36. und 7. Samml. 1. Abschn. Nr. XII. S. 65. f. Ernst Ferd. Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. Band 11. S. 297 — 308. und Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts. 2. Th. 1. Heft. Nr. VII. S. 71 — 73. wo zwey neuere Erkenntnisse der Herzogl. Braunschweigischen vormaligen Appellationscommission befindlich sind, worin die Grundsätze des römischen Rechts von der Rechtsvermuthung der Vaterschaft aus der Geburt des Kindes binnen des gesetzlichen Zeitraums seit dem Beyschlafe, mit Berufung auf eine festbegründete Praxis, auf die ausser der Ehe erzeugten Kinder angewendet werden.

selbst in mehreren der neueren Gesetzbücher [83]) bestätiget. Es wird indessen auch hier, wie bey den ehelichen Früh- oder Spätgeburten, vorausgesetzt, daß sie die ihrem Alter eigenthümlichen Merkmale an sich tragen [84]). Um also zu beurtheilen, ob das in einem vorkommenden Falle vor dem Eintritt des regelmässigen Termins oder erst nach dem Ablaufe desselben gebohrne Kind nach dem Verhältniß der Zeit aus dem eingestandenen oder erwiesenen Beyschlafe habe gebohren werden können, muß hauptsächlich auf die Beschaffenheit des Kindes Rücksicht genommen werden. Würde also ein Kind, das im siebenten oder achten Monate von der Zeit des Beyschlafs an gerechnet, gebohren worden ist, die Zeichen der vollkommenen Reife eines neunmonatlichen Kindes an sich tragen; so kann das Kind aus diesem Beyschlaf nicht erzeugt seyn. Es muß also zuverlässig schon früher, und also von einem Andern seyn erzeugt worden [85]).

83) Z. B. in dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1. Th. 3. Hptst. §. 163. Das allgem. Preuß. Landrecht. Th. 2. Tit. 1. §. 1089 u. 1090. und Tit. 2. Abschn. 1. §. 1. u. ff. setzt den kürzesten Termin bey außerehelichen, wie bey ehelichen Kindern, auf zwey hundert und zehen Tage, den längsten hingegen bey außerehelichen Kindern auf zwey hundert fünf und achtzig, bey ehelichen aber auf dreyhundert und zwey Tage von Zeit des Beyschlafs oder der Ehe. Man vergleiche jedoch Mende Handbuch der gerichtlichen Medizin. 2. Th. §. 52 und 53. S. 229 — 231.

84) Mende im angeführten Handbuche 2. Th. §. 102. hat die Kennzeichen einer lebend gebohrnen siebenmonatlichen Frucht, so wie §. 134. die Kennzeichen eines überzeitigen Kindes sehr bestimmt angegeben.

85) S. Ploucquet a. a. O. auch Roederer cit. Elem.

Läugnet der Beklagte den Beyschlaf nicht, es stimmt auch die von der Klägerin angegebene Zeit, da solcher geschehen ist, mit der Zeit ihrer Niederkunft überein; so muß der Beklagte verurtheilt werden, das Kind anzuerkennen und zu ernähren, bis es sich selbst seinen Unterhalt verschaffen kann. Wie aber, wenn er der Klägerin die Einrede entgegensetzt, daß sie um die Zeit des eingestandenen Beyschlafs auch noch mit andern Mannspersonen zu thun gehabt habe, gesetzt, diese Einrede wäre erwiesen, oder auch von der Klägerin selbst eingeräumt; kann er auch hier noch zur Ernährung des Kindes verurtheilt werden? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Setzt man den Grund der Präjudicialklage de partu agnoscendo, welche hier von der geschwängerten Klägerin als eine actio utilis angestellt worden ist, darin, daß das Kind, auf dessen Anerkennung und Ernährung sie klagt, aus dem mit dem Beklagten verübten Beyschlafe entsprossen, und also der Beklagte für den Erzeuger und Vater desselben zu halten sey [86]; so erscheint freylich die Klage als ungegründet, wenn wegen der erwiesenen, oder aber selbst von der Klägerin eingestandenen exceptio plurium concumbentium, die Paternität ungewiß ist.

c. l. und von Haller a. a. O. Die Entscheidung bey Meister in den pract. Bemerkungen 1. B. Nr. XVI. läßt sich daher nicht vollkommen rechtfertigen, weil der Ausdruck partus *perfectus* in der *L.* 12. *D. de statu hom.* keine reife, sondern nur lebensfähige Frucht bezeichnet.

86) S. Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. §. 34. u. 35. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 394. in dem Zusatz zur Not. k. S. 255. der neuesten Ausgabe von Martin. Jena 1822.

Denn daß die Verbindlichkeit zur Ernährung eines unehelichen Kindes keine unmittelbare Folge des unehelichen Beyschlafs sey, wird man wohl ohne weitern Beweis zugeben, weil ja sonst jeder, welcher den Beyschlaf begangen zu haben einräumt, oder desselben überwiesen ist, hierzu verbunden seyn müßte, wenn auch die Geburtszeit des Kindes die Möglichkeit seiner Paternität ganz ausschließen sollte; dieß hat aber doch noch Niemand behauptet. Es ist also wohl unläugbar, daß der Grund zur Anerkennung und Ernährung des unehelichen Kindes in der eingestandenen, erwiesenen, oder vermutheten Paternität liegt. Alle Vermuthung fällt nun aber weg, wenn es erwiesen ist, daß die Klägerin um eben die Zeit mit mehreren Unzucht gepflogen habe. Das aus einem solchen Beyschlaf erzeugte Kind ist ein wahrer *vulgo conceptus*, qui patrem demonstrare non potest, wie Modestin [87]) sagt, und hier ist also der Fall, wo die Gesetze der Mutter die Verbindlichkeit zur Alimentation ganz vorzüglich auflegen. Ergo et matrem cogemus, sagt Ulpian [88]), *praesertim vulgo quaesitos liberos alere.* Dieß sind die Gründe, aus welchen viele [89]) in diesem Falle den

87) *L.* 23. *D. de statu hom.*

88) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.*

89) Carpzov Iurisprud. eccles. Lib. III. Tit. VI. Definit. 81. nr. 10. sqq. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 395. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXII. medit. 9. et Vol. XII. Supplem. Specim. XIV. Medit. 30 — 34. pag. 106. sq. Boehmer Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. I. §. 30. Carrach Adnotation. ad *Boehmerum.* ad §. cit. pag. 85. sq. *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer Observation. Select. ad *Carpzovium* P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 12. in fin.

Stuprator von der Klage freysprechen. Nicht minder würdige Rechtsgelehrte[90]) wollen dagegen jener Einrede diese Wirkung nicht beylegen, sondern halten, derselben ungeachtet, den Beklagten zur Ernährung des Kindes verbunden, bis er klar erwiesen hat, daß das Kind unmöglich von ihm erzeugt seyn könne. Ihre Gründe sind. Erstens erwachse aus dem Geständniß des vollzogenen Beyschlafs die Vermuthung der Imprägnation, und der in Anspruch genommene Stuprator werde niemals erweisen können, daß einer der übrigen wirklich Vater des Kindes sey. Von der bloßen Möglichkeit lasse sich aber

Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 398. Lindner Diss. cit. de obligatione alendi liberos illegitimos. §. 18. Malblanc Princip. iuris Rom. secund. ord. Dig. P. I. §. 125. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. Band. §. 348. a. E. Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 447. u. a. m.

90) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 6. *Jo. Dan. von dem* Steenhoff Diss. de praxi iudicior. erronea, et communibus errorib. *Goetting.* 1751. §. 23. sqq. Ernst Christ. Westphal Criminalrecht. Anmerk. LXV. §. 5. u. 6. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 3. S. 253. f. Fratrum Becmannorum Consilia et Decisiones. Tom. II. Consil. LXIII. nr. 5. Ge. Jac. Fried. Meister pract. Bemerkungen 1. B. Nr. XV. S. 110. ff. *Jud. Thadd.* Zauner Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. 14. §. 13. Christoph Christ. Dabelow Handbuch des heutigen gemein. römisch-deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 573. Albr. Schweppe römisches Privatrecht. §. 728. (der dritten Ausgabe. Altona 1822.) Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. B. S. 178. besonders Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen 2. B. Nr. LIX. S. 369. ff.

noch nicht auf die Wirklichkeit schließen. Zweytens mache der mit Mehreren vollzogene Beyschlaf die Geschwächte zwar unfähig, für ihre Person Genugthuung zu fordern; aber dem Kinde könne die unzüchtige Aufführung der Mutter niemals nachtheilig werden. Drittens sey auch kein Gesetz vorhanden, welches verordne, daß die exceptio plurium concumbentium, wenn sie entgegengesetzt und erwiesen wird, den in Anspruch genommenen Stuprator von der Alimentations-Verbindlichkeit befreien soll, es sey vielmehr favor partus und dessen Erhaltung in den Gesetzen so fest begründet, daß dagegen die exceptio partus incerti gar nicht beachtet werden dürfe. Viertens streite auch die entgegengesetzte Meinung gegen alle Rechtsanalogie. Denn selbst den Mann befreie das Geständniß der Ehefrau, daß sie mit einem Andern Ehebruch verübt habe, nicht von der Verbindlichkeit, das von ihr gebohrne Kind anzuerkennen und zu ernähren, wenn sonst die Zeit der ehelichen Beywohnung mit der Zeit der Geburt des Kindes übereinstimmt, weil der Ehebruch der Mutter dem Kinde nicht zum Nachtheil gereichen könne. Denn die Mutter kann Ehebrecherin, und doch ihr Mann Vater des von ihr gebohrnen Kindes seyn, wie Papinian [91]) sagt. Nur ein vollständiger Beweis, daß das Kind von ihm unmöglich habe erzeugt werden können, befreie den Ehemann von jener Verbindlichkeit [92]). Nun habe doch

91) *L.* 11. §. 9. *D. ad Leg. Jul. de adult. coerc.*

92) *L.* 6. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* S. Ernst Ferd. Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XXVIII. S. 214. ff. und Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürg. Rechts. 2. Th. 2. Heft. Nr. XXXI.

wohl gewiß bey ehelichen Kindern die Rechtmäßigkeit ihrer Geburt mehr zu sagen, als die Paternität bey Kindern, die außer der Ehe erzeugt worden sind, da von jener die Familien- und Erbrechte in Rücksicht des Vaters abhangen. Ueberhaupt sey auch im Zweifel immer eher für, als gegen die Alimentation zu sprechen, da die vorzügliche Rechtsbegünstigung der Alimente, besonders in Beziehung auf die gegenwärtige Streitfrage, in den Gesetzen [93]) klar begründet sey. Gesetzt aber auch Fünftens, es sey in den Gesetzen klar verordnet, daß Jemand ein Kind nicht sollte ernähren dürfen, wenn es ungewiß ist, daß es sein Kind sey; so würde dennoch der Stuprator keineswegs in Ansehung der geforderten Alimente des Kindes von der deshalb gegen ihn angestellten Klage zu entbinden seyn, weil doch immer von Seiten des Stuprators ein damnum iniuria datum vorhanden wäre. Denn er selbst habe ja durch seine eigene unerlaubte Handlung diese Ungewißheit mit bewirkt. Die Mutter des Kindes, oder auch desselben Vormund seyen daher berechtiget, selbst ex Lege Aquilia wider denselben auf Leistung des Interesse, d. h. hier auf Verabreichung der nöthigen Alimente zu klagen. Dieß ist diejenige Meinung, nach welcher jetzt gesprochen wird, wie die in den angeführten practischen Schriften vorkommenden Erkenntnisse beweisen [94]).

93) *L. 7. D. h. t.*

94) Man vergleiche auch Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. 2. Band Nr. 226. S. 261. Neuere Erkenntnisse oberer Gerichte aus dem Jahre 1816 findet man in des Hrn. Oberappell. Raths von Bülow angef. Abhandlungen. 2. Th. 1. Heft. Nr. VII. S. 71. ff.

Wir haben in den an unser Spruchcollegium häufig geschickten Acten mehrere Fälle dieser Art gehabt, so sonderbar sie sich nur immer denken lassen. Ist es erhört, wenn die Klägerin sogleich selbst gesteht, daß sie zur nämlichen Zeit mit mehreren andern fleischlich sich vermischt habe, diese mit Namen nennt, und dabey einräumt, daß sie selbst nicht wisse, wer Vater zu ihrem Kinde sey, aber glaube, daß es der in Anspruch genommene Beklagte, der auch den Beyschlaf zur angegebenen Zeit mit der Klägerin eingestand, seyn könne [95])? Wir haben beyde einander entgegengesetzte Meinungen dadurch zu vereinigen gesucht, daß wir einen Unterschied gemacht haben, ob die Geschwächte, die keinen gewissen Vater ihres Kindes angeben kann, füglich im Stande sey, ihr Kind selbst zu ernähren, oder nicht. In dem ersten Falle haben wir aus den oben für die erste Meinung angeführten Gründen die Klägerin abgewiesen; in dem andern aber den Beklagten zur Alimentation des Kindes verurtheilt. Denn die Ungewißheit der Paternität, welche aus dem mit der Mutter zu eben der Zeit von mehreren verübten Beyschlafe entsteht, kann dem daraus gebohrnen Kinde, in Rücksicht auf seine Ernährung, nicht zum Nachtheil gereichen. Dies ist der natürlichen Billigkeit, und der in den Rechten begründeten Begünstigung der Alimente gemäß. Wen könnte auch diese subsidiarische Verbindlichkeit, den Rechten nach, eher treffen, als diejenigen, welche insgesammt Mitverbrecher sind? Jeder hat für sich das nämliche Vergehen mit der Geschwächten begangen, wodurch das von ihr gebohrne Kind sein Daseyn erhalten

95) Einen solchen Fall findet man in Geiger's und Glück's merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. Band. Nr. XXIV. S. 136. ff.

hat. Für die Vaterschaft des einen Stuprators sind also eben so viel Gründe vorhanden, als für die Vaterschaft des andern. Keiner kann sich damit entschuldigen, daß sie sich auch mit den übrigen eingelassen habe. Jeder derselben, welcher von ihr wegen der Alimente ihres Kindes in Anspruch genommen worden ist, muß also auch die Ernährung des Kindes, wenn die Mutter hierzu ausser Stand ist, als eine Folge seiner eignen Handlung ansehen, zumal bey einem jeden die Möglichkeit da ist, daß er Vater des Kindes seyn könne. Man würde ja sonst dem Staate eine Verbindlichkeit aufbürden, die aus den Verbrechen seiner Unterthanen entstanden ist. Welche Ungerechtigkeit! den Schuldigen eine Last abnehmen, und sie Unschuldigen auflegen! Daß hier eine obligatio in solidum eintrete, darüber ist man h. z. T. ziemlich einverstanden. Nur ist es unrichtig, wenn einige [96]) den Grund der Verbindlichkeit in der Correalität, und der daraus entspringenden Ersetzung des Schadens haben setzen wollen, wozu sowohl die, welche ein Verbrechen gemeinschaftlich begangen, als diejenigen, welche zu dem Verbrechen anderer mitgewirkt haben, rechtlich verbunden sind [97]). Denn in dem gegenwärtigen Falle ist von keinem gemeinschaftlichen, oder solchem Verbrechen die Frage, zu dessen Begehung sich mehrere verbunden, oder mitgewirkt hätten, sondern ein jeder der Stupratoren ist aus seiner eignen unerlaubten Handlung, und also für sich zur Ernährung des Kindes verbunden. Eben

96) Westphal Criminalrecht. Anmerk. LXV. §. 5. von Quistorp Grds. des P. R. §. 483. S. 280.

97) S. von Quistorp Grds. 1. Th. §. 91. und Christ. Fr. Ge. Meister's rechtl. Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen. 1. Th. Respon. XIV. Nr. 8. ff.

deswegen ist auch die Meinung derjenigen [98]) nicht zu billigen, welche behaupten, daß, wenn die Geschwächte um dieselbe Zeit mit mehreren zu thun gehabt hat, jeder von diesen nur für seinen Antheil zum Unterhalt des Kindes beyzutragen schuldig sey. Denn da jeder aus seiner eigenen Handlung verbunden ist, so muß er auch billig die daraus entstehenden rechtlichen Folgen allein auf sich nehmen [99]); es findet daher auch kein Regreß gegen die übrigen Stupratoren Statt [100]). Hieraus folgt weiter, daß wenn der in Anspruch genommene Stuprator zur Erfüllung seiner Pflichten unvermögend befunden seyn sollte; die Klage gegen die übrigen Stupratoren immer noch offen bleibe, und so einer nach dem andern belangt werden könne [1]).

Die Verbindlichkeit des Stuprators zur Alimentation fängt nun, wie die des Vaters bey den ehelichen Kindern, sogleich mit der Geburt des Kindes an [2]). Daß

98) Brunnemann Comment. ad L. 5. D. h. t. nr. 21. und Bardili Diss. de satisfactione stupratae. P. I. Membr. VII. nr. 45.

99) S. Meister's pract. Bemerkungen a. a. O. S. 112.

100) S. Theod. Hagemann's practische Erörterungen. 7. Band Erört. XCII. S. 289.

1) S. von Zeiller Commentar. über das allgem. Oesterreichische Gesetzbuch 1. B. §. 163. Not. 5. S. 364. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 619. und 620. überein.

2) S. von Quistorp Grds. des P. R. 2. Th. §. 483. Lindner Diss. de obligat. alendi liberos illegitim. §. 7. Schorch Nova collectio Responsor. et Sententiar. selectior. Fac. iurid. Erfordiensis. (*Erfordiae* 1798. 4.) Nr. X. pag. 56. nr. 20.

auch die Entbindungs- und Taufkosten dem Stuprator zur Last fallen, ist schon oben bemerkt worden. Klagt die Geschwächte noch vor ihrer Niederkunft, so kann sie die Entbindungs- und Kindbettkosten, d. h. diejenigen, welche die ihrem Stande gemäße Verpflegung während des Wochenbetts erfordert, noch vor ihrer Niederkunft verlangen, welche der Richter durch ein vorläufiges Decret zu bestimmen hat [3]. Und damit auch das Kind bey seiner Geburt keine Noth leide, so kann die Geschwächte mit Recht verlangen, daß ihr der Stuprator wenigstens einen Monat voraus den Unterhalt für das Kind gebe [4]. Es tritt hier vorzüglich richterliches Ermessen ein. Da uneheliche Kinder der Mutter angehören [5], so ist ihr auch die Erziehung des Kindes zu überlassen. Sie kann daher auch das Kind, ohne Unterschied des Geschlechts, in ihrer Religion erziehen [6]. Es wäre denn, daß der Vater sich zur Selbsterziehung des Kindes erbieten sollte, und diese ist ihm denn zu überlassen, besonders wenn die körperliche oder Geistesschwäche der Mutter, oder ihr Erwerbsverhältniß die Pflege des Kindes nicht gestattet, oder die Erziehung des Kindes der Mutter, wegen ihres unsittlichen Lebenswandels, nicht wohl

3) Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 8. Allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. Abschn. 11. §. 1228—1231.

4) von Quistorp Grundſ. des Pand. R. §. 483. Not. l. und von Zeiller Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch. 1. B. §. 168. Not. 1.

5) *L. 19. L. 24. D. de statu hom.*

6) S. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten 1. B. 3. Entscheid. S. 9.

anvertraut werden kann, oder das Kind, nach dem Verlangen des Vaters, einem Stande gewidmet werden soll, wozu es schlechterdings der Erziehung und Ausbildung von einem Manne bedarf [7]). Ueberhaupt giebt man die Regel, wer ein Kind auf seine Kosten zu ernähren verbunden ist, kann auch verlangen, daß ihm die Erziehung desselben überlassen werde [8]). Jedoch ist auch hierbey das richterliche Ermessen nicht auszuschließen, wenn die Mutter erhebliche Gründe anzugeben weiß, aus denen es bedenklich seyn würde, dem Vater die Erziehung anzuvertrauen [9]). Uebernimmt jedoch, wie gewöhnlich, die Mutter selbst die Erziehung, so ist die Größe des Alimentenbetrags zu bestimmen. Gewöhnlich ist dieselbe schon durch die Landesgesetze, oder den Ge-

7) Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 416. Kind Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 2. (*edit. sec.*) und von Zeillers Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch 1. B. §. 169.

8) Berger Oeconom. iuris. Lib. III. Tit. XI. Th. 4. Not. 7. pag. 613. edit. *Winckler*. und Lindner Diss. cit. §. X. Nach dem Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. §. 621. u. 622. soll die Verpflegung und Erziehung des Kindes, bis zum zurückgelegten vierten Jahre, in der Regel der Mutter, auf Kosten des Vaters, überlassen werden. Allein nach zurückgelegtem vierten Jahre hängt es von der Wahl des Vaters ab, ob er die Verpflegung und Erziehung des Kindes selbst übernehmen, oder sie der Mutter auf seine Kosten ferner überlassen wolle.

9) *L. 3. C. de alend. liber.* S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. XII. Supplem. Specim. XIV. Medit. 35. et 36. und Lindner Diss. cit. §. 10.

richtsgebrauch festgesetzt [10]). In Ermangelung solcher besonderer Bestimmungen aber, bleibt die Größe der Alimentengelder meistentheils dem richterlichen Ermessen überlassen, wobey denn nicht nur auf gegenwärtige Verpflegung, d. h. auf angemessene körperliche und geistige Ausbildung des Kindes, sondern auch auf desselben künftige Versorgung, d. i. daß das Kind sich selbst fortzubringen in den Stand gesetzt werde, zu sehen ist. Man pflegt dabey auch auf den Stand der Mutter, und die Vermögensumstände des Vaters Rücksicht zu nehmen [11]). Der Stand des Vaters wird aber hierbey gewöhnlich nicht berücksichtiget [12]), weil die Verbindlichkeit desselben sich nur auf die sogenannten natürlichen Alimente zu beschränken pflegt [13]). Nur wenn

10) Beyspiele bey Lindner cit. Diss. §. 9.

11) Arg. *L.* 5. §. 19. *D. h. t.* S. von Quistorp Grundsätze §. 483. S. 287. und Lindner cit. Diss. §. 9. in fin.

12) Nach dem allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 626. und dem allg. Oesterreichischen Gesetzbuche 1. Th. 3. Hptst. §. 167. und Zeillerischen Commentar zu diesem §. Not. 2. richtet sich die Größe des Unterhaltsbetrags weder nach dem Stande des Vaters noch der Mutter, sondern es soll bey der Bestimmung derselben darauf gerechnet werden, was Leuten von gemeinen Bürger- oder Bauerstande die Erziehung eines ehelichen Kindes, nebst dem Schul- und Lehrgelde, kosten würde.

13) Boehmer Iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. Unrichtig ist es, wenn Beck Diss. de strupro. §. 20. pag. 159. und mit ihm von Quistorp a. a. O. behaupten, daß bey der Bestimmung des Verpflegungs-Quantums auch auf den Stand des Stuprators Betracht zu nehmen sey. Man sehe dagegen Lindner cit. Diss. §. 6.

das Kind mit Willen des Vaters zu einem höhern Stande erzogen und ausgebildet werden soll, muß auch der Vater die dazu erforderlichen höhern Kosten übernehmen [14].

Uebrigens müssen die Alimente dem Kinde auch schon während des Processes, wenn auch gleich die Vaterschaft des Beklagten noch zweifelhaft ist, gereicht werden, wenn nur derselbe des Beyschlafs mit der Klägerin geständig, oder desselben überwiesen ist [15]. Die von dem Richter deshalb zu treffende provisorische Verfügung nennt man ein decretum interimisticum [16]. Und unter diesen Alimenten werden denn auch die Proceßkosten mit begriffen [17]. Da die Bedürfnisse des Kindes mit den zunehmenden Jahren desselben wachsen, und also die Verpflegungskosten auch einen verhältnißmäßigen höhern Betrag erfordern, so muß bey Bestimmung derselben auch darauf Rücksicht genommen werden [18].

Die Verbindlichkeit des Vaters zur Ernährung des unehelichen Kindes dauert fort, bis das Kind sich

14) S. von Zeiller Commentar über das Oesterreichische Landrecht. 1. B. §. 167. Not. 2. S. 371.

15) *L.* 7. *D. h. t.* Lindner Diss. cit. §. 12.

16) S. Stryk Diss. de decreto interimistico. (*Dissertation. Francofurtan.* Vol. I. Nr. XI.) und Leyser de decreto interimistico in *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXXIII.

17) Leyser cit. Specim. Medit. 2.

18) S. von Quistorp Grds. des P. R. 2. B. §. 483. S. 287. a. E. von Zeiller im angef. Commentar 1. B. §. 168. Not. 1. S. 372. Ein Beyspiel aus den Schweinfurter Statuten führt Lindner cit. Diss. §. 9. an.

selbst ernähren kann. Ist das Kind schwächlich, kränklich, oder blödsinnig, so daß es wegen körperlicher Gebrechlichkeit oder Geistesschwäche nicht im Stande ist dereinst sein Brod selbst zu verdienen, so dauert die Alimentationspflicht des Vaters fort, so lange das Kind lebt [19]. Ist das Kind aber gesund, so behauptet man insgemein, daß mit dem Eintritt der Pubertätsjahre die Verbindlichkeit des Vaters aufhöre, und zwar pflegt man die Pubertätsjahre so zu berechnen, wenn das unehlich erzeugte Mädchen das zwölfte, der Knabe aber das vierzehnte Jahr zurückgelegt hat [20]. Allein soll hier Pubertät die Grenzlinie bezeichnen, so sollte man doch die volle Pubertät eintreten lassen, welche bey den Mädchen nach dem vierzehnten, bey den Knaben aber nach dem achtzehnten Jahre eintritt. Nam etsi generaliter *pubertas* non sic definiatur, sagt Ulpian [21], tamen pietatis intuitu *in sola specie alimentorum* hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile. Dieser Grund ist ganz allgemein, er bezieht sich auf die rechtliche Begünstigung der Alimente überhaupt, und muß also auch hier zur Anwendung kommen. Es ist dieses aber auch schon pietatis intuitu zu billigen. Denn welche Herrschaft wird ein zwölfjähriges Mädchen in ihre Dienste nehmen? oder welches zwölfjährige Mädchen ist schon in weiblichen Arbeiten so geübt und geschickt, um sich selbst ihren nothdürftigen Unterhalt verschaffen zu können? Frey-

19) Beck Diss. cit. pag. 206. und Lindner Diss. cit. §. 8. Man s. auch das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 637.

20) S. von Quistorp §. 483. S. 286.

21) *L. 14. §. 1. D. de aliment. legat.*

lich kommt es auch hier zunächst auf die besondern Gesetze und Gewohnheiten eines jeden Orts an [22]); aber wo diese nicht entscheiden, sollte man doch nicht sowohl auf eine bestimmte Zahl von Jahren sehen, sondern vielmehr auf die Geistes- und Körperkräfte des unehelichen Kindes in jedem vorkommenden Falle Rücksicht nehmen. Daher ist es denn wircklich das aller Klügste, wenn in den Gesetzen und richterlichen Erkenntnissen die Dauer der Alimentationsverbindlichkeit des Stuprators bis dahin festgesetzt wird, da das Kind sich selbst seinen Unterhalt erwerben kann.

Stirbt das unehliche Kind noch vor Endigung der dem Stuprator obliegenden Alimentation, so hört zwar mit dem Tode des Kindes die Pflicht der Verpflegung auf; allein der Stuprator muß die Beerdigungskosten tragen [23]). Diese fallen jedoch weg, wenn derselbe sich wegen der Alimente auf eine gewisse Summe überhaupt verglichen haben sollte [24]). Dagegen findet aber auch keine Zurückforderung der einmal bezahlten Vergleichssumme Statt [25]).

22) Beyspiele bey Lindner §. 9. Nach dem allg. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschnitt §. 633. soll die Verpflegungsverbindlichkeit bis nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre dauern.

23) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. Tit. ad Leg. Jul. de adulter. coercend. §. 6. in fin. und Stryk Us. mod. Pand. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 25. S. auch den 11. Th. dieses Commentars. §. 771. S. 418. ff.

24) S. Koch Institut. iur. crim. §. 280. in fin. und von Quistorp Grds. des P. R. §. 483. a. E.

25) Berlich Conclus. pract. P. V. Concl. XXXVIII. nr. 47. Koch c. l.

Stirbt der Stuprator, so geht die Verbindlichkeit zur Ernährung des unehelichen Kindes, gleich einer andern Vermögensschuld, auf seine Erben über. Denn diese Verbindlichkeit ist eine civilrechtliche, welche aus dem Gesetz entspringt, und aus dem Vermögen des Vaters bestritten werden muß. Solche Verbindlichkeiten gehen auf die Erben über, sie seyen gesetzliche, oder Testaments- oder Vertragserben des Stuprators [26]. Daher kann selbst die Wittwe desselben zur Ernährung des von ihrem Manne ausser der Ehe gezeugten Kindes verurtheilt werden, wenn sie desselben Erbin geworden ist [27]. Denn ob das Kind ein partus spurius, oder adulterinus sey, darauf nimmt der heutige Gerichtsgebrauch keine Rücksicht [28].

Die Praxis gestattet dem Stuprator wegen der Alimentenschuld die Wohlthat der Competenz, wenn sein Vermögen zur Bezahlung derselben nicht zureicht, ohne sich selbst den nöthigen Unterhalt zu entziehen [29].

26) Berlich c. l. nr. 45 et 46. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. pag. 109. Fried. von Bülow und Th. Hagemann pract. Erörterungen. 4. B. Erört. LXX. §. 2. S. 355. und Franz von Zeiller Commentar über das allgemeine Oesterreichische Gesetzbuch. 1. B. §. 171. S. 375.

27) Lindner Diss. cit. §. 25.

28) Boehmer c. l. Lindner Diss. cit. §. 30. 31. et 32. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen a. a. O. §. 7. S. 365.

29) Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 85. nr. 84. sqq. Bardili Diss. de satisfactione stupratae. Cap. III. Memb. VII. nr. 37. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 6. S. 258. Lindner cit. Diss. §. 16.

Dieser Gerichtsgebrauch läßt sich auch wegen des hier zu berücksichtigenden Verhältnisses zwischen Vater und Kind vollkommen rechtfertigen [30]), weil hier die Gesetze keinen Unterschied Statt finden lassen, dieses Verhältniß mag aus ehelicher oder aussereehelicher Erzeugung entstanden seyn. Denn uneheliche Kinder sind ihren Eltern dieselbe Ehrerbietung schuldig, wie eheliche Kinder [31]). Wenn man aber auch den Erben des Stuprators eine gleiche Wohlthat angedeihen lassen will [32]), so streitet dieses gegen alle Rechtsanalogie, weil die Wohlthat der Competenz höchst persönlich ist [33]). Ein anders wäre, wenn die Erben des Stuprators gerade desselben Eltern seyn sollten.

Verfällt der Stuprator in Concurs, so hören die Alimente auf, weil die Gläubiger nicht einmal den ehelichen Kindern des Gemeinschuldners die Alimente aus der Concursmasse zu reichen verbunden sind [34]). Rückständige Alimentengelder können zwar im Concurse der Gläubiger liquidirt werden, sie haben aber kein Vorzugsrecht, sondern bekommen ihren Platz in der letzten Klasse der Chirographarien [35]).

30) *L.* 7. *D. de operis libertor.* *L.* 17. *D. de re iudicat.*

31) *L.* 6. *D. de in ius vocando.* Paulus *libro I. Sententiar.* Parentes naturales in ius vocare nemo potest: *una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.*

32) Quistorp a. a. O.

33) *L.* 25. *D. de re iudicata.*

34) Hommel Rhapsod. Quaestion for. Vol. IV. Obs. 525. Püttmann Elem. iuris crim. §. 587. Not. b.

35) Hommel c. l. nr. 3. von Quistorp Grds. des P. R. §. 483. Not. l. S. 289. und Lindner Diss. de obligat. alendi liberos illegitim. §. 15.

§. 1289.

Wer ist, nächst dem Vater, zur Ernährung der Descendenten verbunden? Erläuterung der *L*. 5. §. 1—4. und *L*. 8. *D. h. t.* Richtigkeit der Lesart der *L*. 5. §. 14. *D. h. t.* und Erläuterung derselben aus den Scholien der Basiliken.

Es ist bisher ausgeführt worden, daß vor allen andern der Vater die Pflicht auf sich habe, so lange für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, bis sie sich selbst ernähren können, und daß der heutige Gerichtsgebrauch keinen Unterschied mache, die Kinder seyen uneheliche oder eheliche Kinder. Wem nun aber, in Ermangelung des Vaters, diese Verbindlichkeit obliege, ist eine Frage, bey deren Entscheidung die Rechtsgelehrten nicht mit einander übereinstimmen. Es ist hier vor allen Dingen ein Unterschied zu machen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. In Ansehung der erstern stellt man gewöhnlich den Grundsatz auf, daß, in Ermangelung des Vaters, die Pflicht der Ernährung auf die Ascendenten der väterlichen Linie übergehe, und erst dann, wenn diese nicht vorhanden, oder dürftig sind, der Mutter obliege. So lange also noch ein Ascendent der väterlichen Linie vorhanden ist, sey die Mutter die Alimentation ihrer Kinder zu übernehmen nicht schuldig. So lehrt Hellfeld, so lehren auch die meisten ältern und neuern Practiker [36]) und Theoretiker [37]). Die Gesetzstellen, worauf sich alle

36) Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. X. Def. 20. et 21. Stryk Us. mod. Pandect. h. t. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 13. u. a. m.

37) Pothier Pandectae Justinian. Tom. II. h. t. Sect. II. Nr. 18. p. 83. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 19. et 20. *Jo. God.* Bauer Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos

berufen, sind die *L. 5. pr. et §.* 1. 2. 3. *et* 4. und *L.* 8. *D. h. t.* In der ersten Stelle sagt Ulpian:

Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur: iudex de ea re cognoscet.

Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere: an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est: et magis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere.

Utrum autem tantum patrem, avumve paternum, proavumve paterni avi patrem, ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque parentes, et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet. —

Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est. —

Ergo et matrem cogemus, praesertim vulgo quaesitos liberos alere: nec non ipsos eam.

obligato. §. 7. Lembke Diss. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum. §. 24. sqq. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 556. *Chr. Aug.* Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 421. *Jud. Thad.* Zauner Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. 14. §. 8. u. f. m.

Die letztere Stelle ist aus des Marcellus *libro I. ad Legem Juliam et Papiam* genommen, und lautet folgendermassen:

Non, quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est, id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri: nisi pater aut non sit superstes, aut egens est.

Allein daß diese Gesetzstellen den aufgestellten Satz nicht enthalten, ergiebt sich klar bey genauerer Prüfung derselben. Die erstere, die *L. 5. h. t.* spricht blos von der gegenseitigen Verbindlichkeit der Ascendenten und Descendenten einander im bedürfenden Falle zu ernähren, wovon der Grund aus der Billigkeit und natürlichen auf die Bande des Bluts gegründeten Liebe hergeleitet wird[38]). Daher soll kein Unterschied des Grades Statt finden, auch kein Unterschied zwischen der väterlichen und mütterlichen Linie. Daher soll sogar die Mutter ihre unehelichen Kinder zu ernähren schuldig seyn, so wie diese auch ihre Mutter. Allein in welcher Ordnung diese Pflicht gegenseitig auszuüben sey, davon ist keine Rede.

Die andere Stelle, *L. 8. h. t.* handelt von Enkeln, die nebst ihrem Vater sich in des Großvaters väterlichen Gewalt befinden, bey denen also der Grund der Verpflichtung des Großvaters in der väterlichen Gewalt beruhet. Dieß bezieht sich darauf, daß durch die Heyrath

38) Hiermit stimmt auch *L. 8. §. 5. Cod. de bonis, quae liberis* überein, wo Justinian sagt: Ipsum autem filium, vel filiam, filios, vel filias, et deinceps, alere patri necesse est, non propter hereditates, sed *propter ipsam naturam.*

des Sohnes die väterliche Gewalt nach dem römischen Rechte nicht aufgehoben wurde, dahingegen die Tochter durch ihre Verheyrathung in die Gewalt des Ehemannes kam, und dadurch in eine fremde Familie überging. Ihre Kinder gehörten daher nicht zur Familie ihres Vaters, sondern ihres Mannes [39]). Nur dieser war folglich auch zur Unterhaltung derselben, als Vater, verpflichtet. Diese Last legt hingegen das Gesetz dem Großvater in Ansehung der Enkel seines Sohnes auf, welcher, seiner Verheyrathung ungeachtet, in der väterlichen Gewalt geblieben ist, und dessen Kinder daher auch in der väterlichen Gewalt des Großvaters waren. Vermöge des Rechts der väterlichen Gewalt mußte sich denn auch der Großvater für die Vortheile, welche ihm die väterliche Gewalt gewährte, die Last gefallen lassen, die Enkel von seinem Sohne zu ernähren, so wie auch die Enkelinnen auszustatten, und ehelich zu versorgen [40]). Diese Last behielt der Groß-

39) *L.* 196. §. 1. *D. de Verb. Significat.* S. *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Tit. VIII. Princip. VIII. Illat. 1. pag. 333.

40) Offenbar ging das onus, wovon Marcellus in der *L.* 8. *h. t.* redet, auf Beydes, wie aus der Inscription dieser Stelle erhellet. Denn die Lex Julia et Papia Poppaea legte die Last der ehelichen Versorgung dem Vater nebst der Ernährung seiner Descendenten auf. *L.* 19. *D. de ritu nupt.* S. *Jac.* Gothofredus ad Leg. Juliam et Papiam Popp. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 223 sq.) und Heineccius in Commentar. ad eand. Legem. Lib. I. Cap. 5. pag. 97. Not. f. Zwar wendet *Franc.* Ramos del Manzano in Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 3. nr. 1. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 444.) dagegen ein, es sey nicht zu glauben, daß Marcellus im ersten

vater auf sich, wenn auch der Vater starb, denn die Enkel blieben in seiner väterlichen Gewalt. Ein ganz verschiedenes Verhältniß tritt ein, wenn die Enkel durch den Tod ihres Vaters sui iuris werden. Denn so wie dort

Buche seines Commentars davon gehandelt haben sollte, was nach *L.* 19. *D. de ritu nupt.* erst im 35. Kapitel der Lex Julia vorkam. Das erste Kapitel habe vielmehr von dem Verbot der Ehe der Senatoren, ihrer Kinder, und der von Söhnen abstammenden Enkel und Enkelinnen mit Freygelassenen gehandelt, wie aus *L.* 44. *D. de ritu nuptiar.* erhelle, welche aus Ulpiani *libro I. ad Leg. Jul. et Papiam* genommen ist. Daß auch Marcellus im ersten Buche seines Commentars de maritandis ordinibus gehandelt habe, erhelle aus *L.* 32. 33. und *L.* 49. *D. eod.* Vermuthlich habe Marcellus bey Gelegenheit der Worte: *Neposve ex filio* in dem ersten Kapitel der Lex Julia, welche auch *L.* 44. *pr. D. de R. N.* angeführt werden, die Bemerkung gemacht, daß das gesetzliche Verbot die Enkel von Töchtern der Senatoren nicht angehe, wie auch Ulpian *L.* 10. *D. de Senatorib.* sagt, und zu mehrerer Bestärkung habe er die Worte der *L.* 8. *D. h. t.* als Grund hinzugefügt, welche die Compilatoren der Pandecten aus ihrem Zusammenhange gerissen, und dem Titel de agnoscendis et alend. liberis einverleibt hätten. So wenig indessen zu läugnen ist, was hier Mendoza gegen die Erklärung des Gothofredus erinnert hat; so läßt sich doch nun, nachdem Justinian durch *L.* 29. *C. de nuptiis* das caput Legis Juliae et Papiae de Senatorum nuptiis aufgehoben hat, unsere *L.* 8. *h. t.* vermöge des Orts, an welchen sie von den Verfassern der Pandecten gestellt ist, ganz füglich aus *L.* 19. *D. de ritu nupt.* erklären. Man sehe auch Heineccius Commentar. cit. Lib. II. Cap. 20. §. 2. p. 335. und selbst del Manzano c. l. Reliquat. 32. nr. 5. pag. 496.

die väterliche Gewalt den Großvater zur Ernährung seiner Enkel verpflichtet; so müssen hier diese Last diejenigen übernehmen, welche die Billigkeit und die Bande des Bluts dazu verpflichten. Dieß ist der Fall, von welchem Ulpian *L. 5. h. t.* spricht, der nicht nur diesen Grund ausdrücklich anführt, sondern auch in Gemäßheit desselben lehrt, daß der Vater auch solche Kinder zu ernähren schuldig sey, die nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt sind, so fern sie sich selbst zu helfen ausser Stand seyn sollten. Vermöge dieses Grundes, welcher in der Billigkeit und Nähe der Blutsfreundschaft beruhet, verpflichten denn auch die Gesetze selbst die Mutter zur Ernährung ihrer Kinder, sogar der unehelichen, wozu der Vater nicht verbunden ist, und zwar liegt diese Pflicht der Mutter, theils wegen der Nähe des Grades, theils wegen des Vortheils der Erbfolge, noch vor den Großältern ob. Ist jedoch diese nicht vermögend; so fordert nun auch die Billigkeit und charitas sanguinis den Großvater auf, die Ernährung der Enkel seiner Tochter zu übernehmen; daher die Ausnahme der *L.* 8. nisi pater aut [41]) non sit superstes, aut egens est [42]), welche also von dem mütterlichen Großvater zu verstehen ist. Da nun nach dem heuti-

41) Haloanders Lesart pater *avi* statt pater *aut*, welche auch Baudoza, Miräus und Merlin haben, giebt einen ganz unrichtigen Sinn. Die Richtigkeit der florentinischen Lesart bestärken die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 8. pag. 753. Da heißt es: *εἰ δὲ μὴ περίεισιν οἱ πατέρες αὐτῶν, ἢ πένονται· τά βάρη αὐτῶν ὑπέχομεν.* i. e. *Si tamen aut non superstites sint eorum parentes, aut egentes, nobis oneri sunt.*

42) Statt est, lesen Haloander, Baudoza, Miräus, und die meisten richtiger sit.

gen Recht Söhne, wenn sie mit Einwilligung des Vaters heyrathen, gewöhnlich eine eigne Haushaltung anstellen, und hiermit aus der väterlichen Gewalt gehen; so fällt der Grund weg, aus welchem die *L.* 8. *h. t.* den väterlichen Großvater zur Ernährung der Enkel von seinem Sohne verpflichtet. Es kann also jetzt nur der natürliche Grund eintreten, den Ulpian *L.* 5. §. 2. *h. t.* aus der caritate sanguinis ableitet. Wen fesseln nun aber wohl die Bande des Bluts mehr, als die Mutter? Welche Liebe ist zärtlicher, als die der Mutter gegen ihre Kinder? Die Billigkeit, wenn man auch den Vortheil der Erbfolge nicht mit in Anschlag bringt, legt daher auch der Mutter, in Ermangelung des Vaters, eine nähere Pflicht auf, zur Ernährung ihrer Kinder, als den Groß-Eltern, wenn sie dazu eigenes hinlängliches Vermögen besitzt, obwohl das bey der Mutter eintretende commodum successionis diese vorzüglichere Verbindlichkeit der Mutter gegen die der Groß-Eltern noch mehr verstärkt. Nur solange der Vater lebt, und die Kinder selbst ernährt, und ernähren kann, sprechen die Gesetze von dieser Last die Mutter frey; ja sie erlauben sogar derselben für die aus ihrem Vermögen bestrittene Unterhaltskosten von dem Vater Ersatz zu fordern, sofern sie solche nicht etwa aus blosser Liebe an das Kind, welches der Vater schon auf seine Kosten verpflegte und erzog, verwendet haben sollte. Dieß lehrt auch Ulpian *L.* 5. §. 14. *h. t.* wo er es zugleich durch ein Rescript des Kaisers Marcus bestätiget. Er sagt nämlich:

Si mater alimenta, quae fecit in filium [43]),

43) *Jo.* VAN DE WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 12. will statt filium, nach dem Inhalt des hier angeführten Rescripts, in welchem von einer Tochter

a patre repetat, *cum modo* 44) eam audiendam. Ita 45) Divus Marcus rescripsit *Antoniae Monta-*

die Rede ist, filiam lesen. Allein der angeführte Grund ist nicht wichtig genug, um deswegen den Text zu ändern. Es wird sich auch in der Folge aus den Scholien der Basiliken ergeben, daß die florentinische Lesart richtig sey. S. *Auctor* Observat. iuris civ. Cap. XXI. pag. 125. und Smallenburg Obs. ad *Ant.* Schultingii Notas ad Digesta s. Pandect. Tom. IV. ad h. L. p. 374.

44) Statt cum modo lesen einige Ausgaben cum *commodo.* Z. B. Baudoza Cestius; und *Rad.* Fornerius Rer. Quotidianar. Lib. II. Cap. 2. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 162.) rechtfertiget diese Lesart durch Hülfe der Gemination. Er meint, die erste Sylbe in commodo sey zweymal zu lesen, welches in den alten Handschriften durch größere Buchstaben sey angedeutet worden, nämlich so, *COMmodo.* Allein daß auch diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon van de Water a. a. O. bemerkt. Die Richtigkeit der florentinischen Lesart bestätigen aber vorzüglich die *Basilica* c. l. Const. V. §. 7. pag. 752. wo das Wort *σομμέτρως* gebraucht worden, welches Fabrot durch *cum modo* übersetzt hat. Noch mehr der griechische Scholiast pag. 754. Sch. c. welcher unsern Text wörtlich ins Griechische übersetzt hat, und auch das Wort *συμμέτρως* braucht. Dieses Wort bedeutet nun zwar eigentlich soviel, als verhältnißmäßig, regelmäßig, angemessen. S. Schneider's griechisch-deutsches Wörterbuch. 2. B. S. 529. (der dritt. Aufl. Leipzig 1819. 4.) Allein man kann den lateinischen Ausdruck cum modo auch so übersetzen, gewissermassen, mit einer gewissen Einschränkung, auf gewisse Art. S. Schellers lateinisch deutsch. Lexikon. 3. Abth. Vocab. *modus* S. 6379. (3. Aufl. Leipzig 1804.)

45) Viele lesen hier, mit Hinweglassung des Wörtchens *ita,* — audiendam, *D.* Marcus rescripsit etc. Z. B.

nae in haec verba: *Sed et*[46]) *quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario*[47]) *filiam tuam*

Car. Guillard, *Claud.* Chevallonius, *Guil. des* Boys, Baudoza Cestius, *Greg.* Haloander, *Lud.* Miraeus, und *Jo. Lud Guil.* Beck. Allein von der Richtigkeit der florentinischen Lesart überzeugt uns hier wieder der griechische Scholiast a. a. O. Tom. IV. *Basilicor.* p. 754. Dieser hat die erstere Periode unserer Stelle so übersetzt: Εὰν μήτηρ ἀποθρέψασα τὸν ἴδιον υἱὸν, ἀπαιτῇ τὸν ἴδιον ἄνδρα ἅπερ ἀνάλωσε, χρὴ συμμέτρως αὐτὴν ἀκούεσθαι. οὕτω γὰρ ὁ θεῖος Μάρκος ἀντέγραψεν. i. e. *Si mater alimenta, in filium suum facta, a marito suo repetat: cum modo audienda est. Sic enim* Divus Marcus *rescripsit.* Man lernt hieraus die Wichtigkeit der griechischen Scholien kennen, die noch viel zu wenig benutzt werden, ohngeachtet der unsterblich verdiente Haubold in seinem Manuale Basilicorum den Gebrauch derselben so sehr erleichtert hat.

46) Die Worte: *Sed et* hat der griechische Scholiast nicht. In der griechischen Uebersetzung heißt es blos: ὅσον ὀνόματι τῶν ἀλιμέντων etc. i. e. *Quantum nomine alimentorum* etc.

47) Das Wort *Necessario* geht wohl nicht auf den modus alimentorum, wie es einige verstehen wollen. In der griechischen Uebersetzung heißt es: κατὰ τὸ ἀναγκαῖον. i. e. pro ratione necessitatis. Es bezieht sich dieß also mehr auf den Fall, wo die Mutter, wegen der Abwesenheit des Vaters, genöthiget war, die Verpflegung der Kinder zu übernehmen, wovon die *L.* 34. *D. de negot. gestis* einen Fall enthält, in welchem der Mutter die actio negotiorum gestorum sogar gegen den Vormund ihrer Kinder, ja selbst gegen die Kinder gestattet wird. In unserer *L.* 5. §. 14. *h. t.* war die Klage gegen den Mann gerichtet, weil sich die Antonia Montana,

exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt: nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogaturus esses, etiam si a patre suo educeretur [48]).

Aus allem, was zur Erläuterung der angeführten Gesetzstellen ist bemerkt worden, erscheint nun klar, daß der oben aufgestellte Grundsatz auf einem offenbaren Mißverstand derselben beruhe. Das Resultat, was nun daraus hervorgeht, läßt sich in folgende drey Sätze zusammenfassen. 1) Ist der Vater selbst noch in väterlicher Gewalt; so ist der väterliche Großvater die von seinem Sohne in rechtmäßiger Ehe erzeugten Enkel zu ernähren schuldig. 2) Ist hingegen der Vater sui iuris, aber un-

an welche das Rescript des K. Marcus gerichtet ist, von ihrem Manne geschieden hatte, wie sich aus den letzten Worten des griechischen Scholiasten ergiebt, die er nach seiner Version beygefügt hat: *ἅτε μηδεμιᾶς βλάβης ἰπιούσης τῇ γυναικὶ ἀπὸ τοῦ διαζυγίου.* i. e. *quasi nullum ex divortio detrimentum ad mulierem perveniret.* Vermuthlich hatte die Mutter noch einige Zeit nach erfolgter Ehescheidung ihre Tochter auf ihre Kosten unterhalten, deren Erstattung sie von dem Ehemanne verlangte. Diesen Aufwand soll der Richter beurtheilen, und davon dasjenige abziehen, was die Mutter aus bloßer Liebe an die Tochter gewendet haben würde, wenn sie auch der Vater auf seine Kosten erzogen hätte, damit es nicht das Ansehen gewinnen möchte, als ob sie gar kein Nachtheil der Ehescheidung treffe. S. *Jo.* Leunclavii Notator. Lib. II. cap. 56. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 1517.)

48) *Jo. Ortw.* Westenberg in Divo Marco. Diss. XXXI. (*Opp.* a Jungio *editor.* Tom. III. pag. 289.) hat dieses Gesetz nicht befriedigend erklärt.

vermögend, so liegt die Alimentationspflicht der wohlhabenden Mutter ob. 3) Ist aber auch diese ausser Stand ihre Pflicht zu erfüllen, so kommt nun erst die Reihe an die Groß-Eltern. Diese den angeführten Gesetzen mehr entsprechende Theorie vertheidigen auch die unten angeführten Rechtsgelehrten [49].

Bey den Groß-Eltern pflegt man nun wieder einen Unterschied zu machen zwischen denen der väterlichen, und denen der mütterlichen Linie. Letztere sollen erst nach jenen zur Alimentation ihrer Enkel verbunden seyn [50]. Allein selbst dieser Unterschied ist in den Gesetzen nicht gegründet, denn diese verpflichten die väterlichen Ascendenten nicht mehr und nicht weniger, als die mütterlichen, und ein Unterschied kann um so weniger angenommen werden, als theils der Grund der Verbindlichkeit, die caritas sanguinis, bey beyden Linien der nämliche ist, theils aber auch hier vorzüglich die richterliche Billigkeit eintreten,

49) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. Cap. 4. §. 9. Vol. VII. edit. *Norimberg*. 1824. pag. 43.) Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 134. nr. 7. *J. H.* Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. pag. 109. *Car. Gottl.* Knorre Diss. de alimentis a matre liberis praestandis. (*Halae* rec. 1756.) Cap. I. §. 8. sqq. et Cap. II. §. 7. 9. et 10. *Christ. Gottl.* Hommel Diss. de ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum. *Viteberg*. 1778. §. 6 — 8. *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ex vario iure Vol. I. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. XLV. pag. 186 — 191. Malblanc Princip. juris Rom. P. I. §. 122. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. Band §. 347. Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 857.

50) Hommel Diss. cit. §. 8. Thibaut a. a. O. u. Hufeland a. a. O.

und darnach entschieden werden soll, wem nach der Beschaffenheit der Bedürfnisse und des Vermögens die Alimentationspflicht aufzulegen sey. Die Gesetze, wodurch man jenen Unterschied zu rechtfertigen sucht, gehören theils gar nicht hierher, wie *L.* 3. §. 2. 3. *et* 4. *h. t.* theils beweisen sie auch gar nichts, wie *L.* 5. §. 2. *et* 5. und *L.* 8. *D. h. t.* Das erste Gesetz sagt zwar der mütterliche Großvater sey, nächst der Mutter, seine Enkel zu ernähren schuldig; allein darüber ist kein Streit, die *L.* 8. aber spricht, wie schon oben bemerkt worden ist, von Enkeln, welche in der väterlichen Gewalt des Großvaters sich befinden, bey denen also ein besonderer Grund eintritt. Endlich paßt auch die Novelle *CXVII.* Kap. 7. worauf man sich auch zu berufen pflegt, gar nicht auf die hier vorliegende Rechtsfrage, sie bestimmt blos die Folgen der Ehescheidung in Rücksicht der Kinder. Die Ascendenten beyder Linien, der väterlichen und mütterlichen, haben also gleiche Pflicht und gleiches Recht, und entsteht darüber Streit, so wird der Richter wissen, was er nach Vorschrift der *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* zu beobachten hat [51].

Findet die allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten Statt, so werden die Kinder auf Kosten beyder Eltern erzogen [52].

51) Mit mir stimmen überein Donellus a. a. O. Voet Comm. c. l. §. 7. Bauer Respons. c. l. Malblanc c. l.

52) S. Huber Praelect. iur. civ. ad Pandect. h. t. §. 7. Knorre cit. Diss. Cap. II. §. 3. Scherer's Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 70. Man rechnet bey der Gütergemeinschaft dasjenige, was zum Unterhalt und Erziehung der Kinder hat aufgewendet werden müssen, zur ehelichen Einbuse. S. Pfizer Rechte

§. 1289. a.

Ist auch der Vater oder Großvater verbunden, das uneheliche Kind seines Sohns oder Enkels zu ernähren, wenn des Stuprators eignes Vermögen dazu nicht hinreicht?

Daß der Großvater den unehelichen Enkel von seinem Sohne zu ernähren verbunden sey, wenn er desselben Erbe geworden ist, leidet keinen Zweifel. Denn hier kommt nicht sowohl das Verhältniß der Blutsverwandschaft, als vielmehr das Verhältniß des Erben zum Erblasser in Betrachtung [53]. Darüber aber wird sehr gestritten, ob auch in dem entgegengesetzten Falle dem Vater oder Großvater die Verbindlichkeit zur Verpflegung des von ihrem Sohne oder Enkel erzeugten unehelichen Kindes obliege, wenn der Stuprator dazu unvermögend ist? Es giebt darüber vier ganz verschiedene Meinungen. Einige [54])

und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 113.

53) Koch Institution. iur. crim. §. 280. Not. und Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. V. S. 56. f. (der zweyten Auflage).

54) *Gottfr. Ludw.* Mencken Diss. I. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda non obligato. *Lipsiae* 1712. et Diss. II. de eod. argum. *Lipsiae* 1713. 4. Koch c. l. *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iur. civ. Sect. I. Cap. 2. Memb. 2. §. 6. pag. 98. sq. (edit. noviss. a *Car. Ern.* Schmid curat. *Jenae* 1810.) Quistorp angeführte Beyträge. Nr. V. *Car. Jac.* Lindner Diss. de obligatione alendi liberos illegitim. §. 26 et 27. Thibaut Syst. des Pandect. R. 1. B. §. 348. a. E. Lembke Diss. de discrim. obligationis, et ab eo pendente ord. alimentor. iure sang. praestandor. §. 45—51. Gmelin über die Präjudi-

sprechen den Vater und Großvater des Stuprators von dieser Verbindlichkeit ganz frey. Dieser Meinung stimmt Hellfeld bey. Andere [55]) hingegen wollen dem Vater und nächst diesem dem Großvater die Verbindlichkeit, das von seinem Sohne oder Enkel erzeugte uneheliche Kind zu ernähren, in Ermangelung des Stuprators, schlechterdings und sogar in dem Falle auflegen, da die Mutter des Kindes selbst ein eignes hinreichendes Vermögen besitzt, um die Alimentationsverbindlichkeit übernehmen zu können. Dann giebt es Rechtsgelehrte [56]), welche den Vater des Stuprators zwar auch nicht von der Verbindlichkeit zur Ernährung seines unehelichen Enkels freysprechen; ihn aber doch nur dann erst dazu verbunden wissen wollen, wenn

zialklage de partu agnoscendo. §. 35. Not. e. S. 85. Westphal Rechtsgutachten. 1. Th. h. t. §. 3. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Th. §. 857. Not. b. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 4. B. Erört. LXX. S. 354. ff. Schweppe röm. Privatrecht. §. 728.

55) *Mart.* Colerus de Alimentis. Lib. I. Cap. 8. nr. 12. sq. *Jo. Pet.* Surdus de Alim. Tit. I. Qu. 103. Carpzov Jurisprud. Consistor. Lib. II. Def. 243. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 13. Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7. Berger Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 11. §. IV. Not. 7. (pag. 613. edit. *Winkler.*) *Joach. Chrst.* Rüdinger Diss. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda obstricto. *Erf.* 1729. *Cap.* 2.

56) Wernher Select. Observ. for. Tom. I. P. I. Obs. 134. *Jo. Flor.* Rivinus An avus paternus indistincte, an vero in subsidium tantum, matre egente, alere spurium teneatur? in ejus *Programmatib. ex vario iure*

die Mutter des Kindes, welcher freylich, in Ermangelung des Vaters, zunächst diese Pflicht obliege, oder wenn auch deren Eltern zur Ernährung des Kindes unvermögend sind, oder gar nicht mehr vorhanden seyn sollten. Endlich fehlt es auch nicht an Rechtsgelehrten [57], welche der Meinung sind, daß wenn weder Vater noch Mutter das uneheliche Kind zu ernähren vermöchten, alsdann die Last der Ernährung beyden Groß-Eltern, sowohl der väterlichen als mütterlichen Linie, auf gleiche Weise obliege. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient wohl ohne Zweifel die erste den Vorzug. Denn **Erstens** ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Vater die Verbindlichkeit auflegt, die unehelichen Kinder seines Sohns zu ernähren. Ausdrücklich verpflichten die Gesetze dazu nur die Mutter, und den mütterlichen Großvater. Item *Divus* Pius significat, sagt **Ulpian**, *L.* 5. §. 5. *D. h. t.* quasi *avus* quoque *maternus* alere compellatur. Der Grund ist, weil die unehelichen Kinder zur Familie der Mutter gehören [58], und daher zwischen diesen Kindern und den mütterlichen Ascendenten ein gleiches Verhältniß, wie bey ehelichen Kindern, Statt findet. Dieses beweist

iunctim edit. *Lipsiae* 1735. 4. Nr. IX. *Christ. Frid. Imm.* Schorch Nov. Collect. Responsor. et Sententiar. selectior. Facult. iurid. Erford. Nr. X.

57) *Just. Henn.* Boehmer Jur. Eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. pag. 109 seq. *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Select. Observation. ad *Carpzovium* P. I. Quaest. LXVIII. Obs. 12. *Christ. Gottl.* Hommel Diss. de ordine alimentor. partui iure sanguinis praestandor. §. 14. Malblanc Princip. iuris Rom. P. I. §. 122. Nr. III. pag. 127.

58) *L.* 19. *L.* 24. *D. de statu hom.*

besonders das unter ihnen Statt findende Erbfolgerecht [59]). Hier tritt denn nun auch der natürliche Grund der Billigkeit und nahen Blutsverwandschaft ein, welcher sie gegenseitig zur Alimentation verpflichtet. Wie ganz verschieden ist nicht dagegen das Verhältniß unehelicher Kinder zu den väterlichen Ascendenten des Stuprators! Selbst nicht einmal in dem einzigen Falle, in welchem die röm. Gesetze den Vater zur Verpflegung seiner unehelichen Kinder verpflichten, nämlich wenn sie in einem gesetzlich erlaubten Concubinate erzeugt worden sind, ja in welchem sie sogar zwischen dem Vater und seinen natürlichen Kindern ein gewisses Erbfolgerecht, wenn gleich nur auf eine eingeschränkte Art, eintreten lassen, nicht einmal in diesem Falle erstreken die Gesetze die Alimentationspflicht des Vaters, bey dem eintretenden Todes- oder Unvermögensfalle desselben, auf den Großvater des natürlichen Kindes väterlicher Seits [60]). Und wenn gleich das Canonische Recht die Verbindlichkeit des Vaters auf alle uneheliche Kinder, selbst wenn sie im Ehebruche erzeugt worden, ausdehnt [61]); so ist doch daselbst nur von den Eltern selbst die Rede, von denen die Kinder aus unehelichem Beyschlafe erzeugt worden sind,

59) §. 3. *I. de SCto Orphit.* §. 5. *I. de successione cognator.* *L.* 4. *L.* 8. *D. Unde cognati.* *L.* 5. *C. ad SCtum Orphit.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 132. ff.

60) *Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 6. *in fin.* in Verbindung mit *L.* 12. *Cod. de naturalibus liber.* S. Lembke cit. Diss. §. 46. und meine Intestaterbfolge. §. 128. a. E.

61) *Cap.* 5. *X. de eo, qui duxit in matrim.*

nirgends aber wird auch den Groß-Eltern, am wenigsten der väterlichen Linie, diese Verbindlichkeit aufgelegt [62]).

Zweytens tritt auch hier keiner der natürlichen Gründe ein, auf denen sonst die Alimentationspflicht beruht, weder die Billigkeit, noch die caritas sanguinis [63]). Nicht die Billigkeit. Denn wer möchte das für billig halten, daß der Vater schuldig seyn solle, die unehelichen Kinder seines Sohns zu ernähren, die gar nicht zu seiner Familie gehören, und folglich ihn gar nichts angehen [64])? Der Vater, der durch das Vergehen seines Sohnes schon ohnehin betrübte Vater, soll noch mit Aufopferung eines Theils seines Vermögens für das Verbrechen seines Sohnes büßen, an dem er auch nicht den entferntesten Antheil hat [65])? wie stimmt dieß mit der Billigkeit der Gesetze überein [66])? Wie leicht könnte auf solche Art der Vater

62) S. Lembke Diss. cit. §. 48 — 51. und von Bülow und Hagemann's angeführte Erörterungen. 4. Band Erört. LXX. §. 7. S. 364 — 366.

63) *L.* 5. §. 2. *D. h. t.*

64) *L.* 4. *D. Unde cognati. L.* 4. §. 8. *D. de gradib.* Mencken cit. Diss. II. Th. 5.

65) Ein Anders wäre, wenn sich der Vater durch strafbare Duldung und Beförderung der ausschweifenden Lebensart seines Sohnes des von demselben begangenen Verbrechens mit schuldig gemacht haben sollte. S. Quistorp Beyträge. Nr. V. S. 70. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen. 4. B. Erört. LXX. §. 11. S. 371.

66) *L.* 22. *Cod. de poenis.* Man wendet zwar dagegen ein, die Alimentationspflicht entspringe nicht ex delicto, sondern ex nexu sanguinis. Allein daß die Gesetze diesen nexum sanguinis in Ansehung des väterlichen Großvaters nicht anerkannt haben, ist bereits gezeigt worden.

durch Versorgung der unehelichen Kinder seiner ausschweifenden Söhne um sein ganzes Vermögen kommen! Man bedenke doch ferner, wie sehr hierdurch die ausschweifende Lebensart der Söhne begünstiget, ja welche Anreitzung zu einer unzüchtigen Lebensart dieß geben würde, wenn liederliche Weibspersonen sich versichert halten dürften, daß sie, ungeachtet ihrer eigenen dürftigen Umstände, und der Mittellosigkeit ihres Liebhabers, den Vater desselben in Anspruch nehmen, und von ihm die Mittel zur Unterhaltung der Früchte ihres unerlaubten Umgangs sogar auf rechtlichem Wege erhalten könnten?

Noch weniger aber paßt die caritas sanguinis bey unehelichen Enkeln auf den Großvater des Stuprators. Welche Liebe kann er zu solchen Enkeln haben, in deren Erzeugung er nicht, wie im Falle der Verehelichung, gewilliget hat, sondern die durch ein Delict des Sohnes ihr Daseyn erhalten haben? Wie läßt sich hier ein Schluß von ehelichen Kindern auf uneheliche machen? Wie möchte man also wohl einen Beweis gegen den väterlichen Großvater aus der *L.* 6. *D. de collat.* hernehmen, und zu rechtfertigen wagen, wo Celsus sagt: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet, et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet? Celsus spricht ja hier von der Restitution eines Heyrathsguts, welches der Großvater der Enkelin von seinem Sohne für denselben, der noch in väterlicher Gewalt war, gegeben hatte. Es war also eine dos profectitia, die der Vater seiner unehelichen Tochter zu geben schuldig ist [67]). Die Enkelin war in der Ehe gestorben, und nun entstand die Frage, welche

67) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1231. S. 62.

Celsus hier entschieden hat, an wen die dos zurückzugeben sey? Nach dem strengen Rechte sollte eigentlich das Heyrathsgut an den Großvater, oder, weil dieser in dem Falle, von welchem hier Celsus spricht, schon gestorben war, an dessen Erben zurückkehren. Dieß war auch die Meinung des Servius und Labeo[68]. Allein Celsus behauptet hier das Gegentheil. Sein Grund ist Billigkeit. Occurrit *aequitas rei*, sagt er, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, proinde sit, atque ipse dederim. Die Pflicht des Großvaters gegen die Enkelin hieng hier von der Pflicht des Vaters gegen den Sohn ab. Weil nun der Vater seiner legitimen Tochter ein Heyrathsgut zu geben schuldig ist, so muß der Großvater auch, um seines Sohns willen, wenn dieser kein eignes Vermögen hat, seiner Enkelin eine dos bestellen. Hierzu kam aber in dem Falle des Celsus noch ein Grund des Mitleids. Der Vater hatte nämlich den Sohn enterbt. Er sollte also das für sein Erbtheil rechnen, was von seinem Vater seiner Tochter seinetwegen zum Heyrathsgute war gegeben worden[69]. Wie paßt der Grund der Billigkeit, nach welchem hier Celsus lediglich entschieden hat, auf unsern Fall? Die Enkelin war ja eine eheliche Tochter seines Sohnes, und die Pflicht des Vaters zur Dotation seiner Töchter beruht, wie schon an einem andern Orte[70]) bemerkt worden ist, auf natürlicher Liebe[71]).

68) *L.* 79. *D. de iure dot.*

69) S. *Jos.* Finestres et de Monsalvo Praelection. Cervariens. 8. Commentar. ad Tit. Pand. de liberis et postum. P. IV. Cap. 4. §. 28. pag. 151.

70) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1231. S. 66. und S. 93.

71) *L.* 1. §. 10. *D. Si quid in fraud. patroni.*

Eben so unpassend, ja offenbar ungereimt, ist das Argument, was man von der Einheit der Person zwischen Vater und Sohn hernimmt, und nicht minder falsch die Folge, daß das Kind, welches der Sohn zu ernähren schuldig ist, auch von dem Vater desselben versorgt werden müsse. Gründe, die gar keine Widerlegung verdienen[72]). Scheinbarer ist der Grund, wenn man sagt, wollte man den Großvater väterlicher Seits von der Ernährung des unehelichen Enkels freygesprochen, so würden uneheliche Kinder mit ihrer Ernährung häufig dem Publikum zur Last fallen. Allein dieser Fall wird nicht leicht zu besorgen seyn. Denn vor allen liegt ja dem Schwängerer die Unterhaltung seiner illegitimen Kinder ob. Ist dieser todt, oder abwesend, oder mittellos, so ist die Mutter des unehelichen Kindes zu dessen Verpflegung verbunden. Wäre aber auch die Mutter nicht mehr vorhanden, oder ebenfalls wegen ihrer Armuth die Verpflegung des Kindes zu übernehmen nicht im Stande; so fällt diese Last auf die Großeltern der mütterlichen Linie, und besonders auf den Großvater des unehelichen Enkels. Sollten aber auch diese alle zur Unterhaltung des unehelichen Kindes ganz unfähig seyn; so muß das uneheliche Kind, nach den besondern Gesetzen oder Gewohnheiten jedes Orts, auf öffentliche Kosten ernährt werden, und in diesem gewiß nur selten eintretenden Falle, würde denn auch freylich der väterliche Großvater sogut, wie jeder andere Staatsbürger, also nicht als Großvater, seinen Antheil beyzutragen haben.

Das wichtigste Argument, was man unserer Meinung noch entgegensetzt, ist der Gerichtsgebrauch. Nach

72) S. Mencken Diss. II. cit. Th. 6 — 12.

diesem soll, in Ermangelung des Stuprators, auch dem väterlichen Großvater die Pflicht obliegen, den unehelichen Enkel seines Sohns zu ernähren. Nun ist wohl nicht zu läugnen, daß nach dieser Meinung von verschiedenen Gerichtshöfen und Facultäten gesprochen worden ist, wie die hiervon in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten vorkommenden Erkenntnisse beweisen[73]). Es ist auch diese Meinung durch manche Landesgesetze[74]) sanctionirt worden. Dennoch aber ist ein allgemeiner Gerichtsgebrauch so wenig, als ein allgemeines deutsches Gesetz zu erweisen[75]). Denn so wie bey mehreren Landesgerichten und höchsten Tribunälen[76]) die richtigere Mei-

73) Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. X. Def. 20 et 21. Consil. Fac. Tubing. Vol. II. Cons. LXV. n. 64. et Vol. VIII. Cons. XXXVIII. nr. 9. Rivinus cit. Progr. pag. 51. Schorch's Sammlung auserles. Gutachten und Urtheilssprüche der erfurtischen Juristen-Facultät. Nr. X. a Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 166. §. 5. und Carl Ernst Albrecht's Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle. 2. Band (Hannover 1800. 8.) Rechtsfrage LXVIII. S. 159 ff.

74) S. Allgem. Preuß. Landr. 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 628 und 629. „Ist der Vater für den Unterhalt und die Erziehung des (unehelichen) Kindes zu sorgen nicht vermögend; so geht diese Pflicht auf die Großältern von väterlicher Seite über. Erst in deren Ermangelung, oder bey deren Unvermögen, sind die Mutter und die mütterlichen Großältern dazu verpflichtet.“

75) S. von Bülow und Hagemann angef. Erörterungen 4. B. Nr. LXX. §. 8. S. 366.

76) So spricht in den Hessen-Casselischen Gerichten die Observanz für den väterlichen Großvater. S. Led-

nung angenommen ist, so ist sie auch in mehreren deutschen Landesgesetzen [77]) bestätiget worden.

§. 1289. b.

Sind Pathen die Kinder, welche sie aus der Taufe gehoben haben, bedürfendenfalls zu ernähren verbunden?

Es ist bekannt, und auch schon an einem andern Orte [78]) bemerkt worden, daß nach dem Canonischen Recht durch die Taufe eine Art von Verwandtschaft entsteht, welche man die geistliche nennt. Wer demnach ein Kind aus der Taufe hebt, wird als ein geistlicher Vater oder Mutter des Täuflings angesehen [79]).

Dieß hat nun die Frage veranlaßt, ob der Pathe auch das Kind, welches er aus der Taufe gehoben hat, im bedürfenden Falle zu ernähren verbunden sey?

derhose Versuch einer Anleitung zum Hessen-Casselischen Kirchenrechte. Cassel 1785. Eben so das Hofgericht in Hannover. S. von Bülow und Hagemann Erörterungen. a. a. O. S. 367.

77) S. z. B. die Chursächsische Verordnung von 1746. in Hommel Diss. cit. de ordine alimentor. partui maxime ex sponsa nato iure sanguinis praestandor. §. XIV. pag. 19. Ferner das allgem. bürg. Gesetzbuch für die Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1. Th. 3. Hptst. §. 167. und Franz von Zeiller Commentar über das Oester. Gesetzbuch 1. Band S. 371.

78) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 14. der 2. Aufl. und den 23. Th. dieses Commentars §. 1215 b. S. 415 ff.

79) *Can. 7. Caus. XXX. Qu. 1. Can. 1. Caus. XXX. Qu. 3. L. 26. Cod. de Nupt.*

Mehrere Rechtsgelehrte [80]) wollen dieses behaupten. Allein selbst das Canonische Recht hat jene geistliche Verwandtschaft soweit nie ausgedehnt, sondern macht es den Pathen nur zur Pflicht, die Kinder, welche sie aus der Taufe gehoben haben, zu einem christlichen Lebenswandel zu ermahnen, und sie zur Schule und Kirche anzuhalten, es giebt ihnen zu bedenken, daß sie deshalb bey der Taufe für das Kind bey Gott gleichsam Bürgschaft geleistet hätten [81]). Nie hat auch weder der Staat, noch die Kirche verlangt, daß die Pathen auch für den Unterhalt ihrer Täuflinge zu sorgen hätten. Es lehrt vielmehr die Kirchengeschichte, daß die Kirche selbst diese Sorge übernommen, und aus ihrem Aerar bestritten habe [82]). Bey uns Protestanten kann dieses um so we-

80) S. SURDUS de Alimentis Tit. I. Quaest. 11. pag. 19. MÜLLER *ad Struvium* Tom. II. Exercit. XXX. Th. 78. not. ξ. und die von STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8. angeführten Rechtsgelehrten. Besonders ist hier die Abhandlung von Joh. Christ. Woltär in den Hallischen gelehrten Anzeigen vom J. 1783. Nr. XL. merkwürdig, welche auch in die Dresdner gelehrte Anzeigen v. J. 1784. eingerückt worden ist.

81) *Can.* 105. *Dist. IV. de Consecrat.* S. *Zeg. Bern. van* ESPEN iur. eccl. univ. P. II. Sect. I. Tit. 2. Cap. 5. §. 9 et 10. und *Gerh. van* MASTRICHT Schediasm. de susceptoribus infantum ex baptismo. *Francofurt. et Lips.* 1727. 4. pag. 29. sqq.

82) Aus mehreren Stellen des H. Augustinus hat dieses *Jos.* BINGHAM in Originib. s. Antiquitat. ecclesiast. Vol. IV. Lib. XI. Cap. 8. §. 3. erwiesen. AUGUSTINUS führt in *Epist. XXIII. ad Bonifacium* den Grund an: Offeruntur quippe parvuli ad percipiendam spiritualem gratiam non tam ab eis, quorum gestantur

niger einigem Zweifel unterworfen seyn, da wir alle geistliche Verwandschaft als grundlos verwerfen [83]). Ein anders wäre freylich, wenn ein Pathe bey der Taufe ausdrücklich versprochen hätte, auch für den Unterhalt des armen Kindes zu sorgen [84]).

§. 1290.

Ernährung der Eltern.

So wie die Kinder von den Eltern, so können auch II. die Ascendenten, wenn sie arm sind, von ihren wohlhabenden Descendenten mit Recht standesmäßigen Unterhalt fordern [85]). Es findet auch bey den Ascendenten so

manibus, quamvis et ab ipsis, si et ipsi boni fideles sunt, quam ab universa societate sanctorum et fidelium. — — Tota hoc ergo mater ecclesia, quae in sanctis est, facit: quia tota omnes, tota singulos parit. Bingham macht hierbey die Bemerkung: Quocirca, si quibus eorum vitae deessent subsidia, aequum et iustum erat, ecclesiam suis ipsius liberis ea prospicere: ut adeo, qui sponsorum fideiussionem pro infantibus tantopere urgent, quasi hac ipsa ad prospiciendum victum et amictum se obligassent, adserti sui fundamento destituantur, quum ex optimis, quae nobis suppetunt, documentis, in antiquae ecclesiae praxi aliter rem se habuisse appareat.

83) S. Struvii Synt. iuris civ. Exerc. XXX. Th. 78. Stryk c. l. und Lindner Diss. cit. de obligat. alendi liberos illegitimos. §. 28.

84) S. Simon Diss. de iure patrinorum. Cap. IV. §. 9.

85) *L.* 5. §. 1. 2. *et* 13. *D. h. t. L.* 1. *et* 2. *Cod. de alendis liber. ac parentib. L.* 8. §. 5. *Cod. de bonis, quae liberis. Nov. CXVII. cap.* 7. S. Carpzov Jurisprud. for. P. II. Const. X. Definit. 29.

wenig ein Unterschied des Grades, der Linie, des Geschlechts, und der Religion Statt, als auf Seiten der Kinder, welchen die Gesetze die Alimentationspflicht auflegen, Geschlecht, Grad, Alter, Stand oder Religion in Betrachtung kommt [86]. Denn Liebe, Ehrfurcht und Dankbarkeit gegen die Ascendenten, von denen die Descendenten abstammen, sind der Grund, aus welchem die Gesetze die letztern zur Alimentation der erstern auffordern [87]. Daher sagt Ulpian *L.* 5. §. 14. *h. t.* Iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, cum filius sit in facultatibus.

Aus diesem Grunde ist daher auch das unmündige Kind [88], so wie der Sohn, welcher Soldat ist [89], wenn

86) S. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XII. Cap. 4. §. 8.

87) *L.* 5. §. 15. 16 *et* 17. *D. h. t. L.* 5. *Cod. de patria potest.*

88) *L.* 5. §. 13. *D. h. t.* ULP. Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur: iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, cum filius sit in facultatibus. Haloander, Baudoza und Merlin lesen hier *Et* si impubes etc. Auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 752. haben καὶ ὁ αὐτεξούσιος ἄνηβος etc. Brenkmann Not. 85. in der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. Rom. Tom. I. pag. 437. hält die Lesart *impubes* für fehlerhaft, und will dafür in opibus lesen. Allein Gebauer hat diese Kritik mit Recht verworfen.

89) *L.* 5. §. 15. *D. h. t.* ULP. A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse, pietatis existimat ratio. Ulpians Meinung in den angeführten beyden Gesetzstellen geht also dahin, daß weder Un-

nur die Kinder wohlhabend sind, ihre armen Eltern zu ernähren, ja selbst der zur christlichen Religion übergetretene Sohn eines Juden ist seinen jüdischen Eltern, wenn diese der Alimente bedürfen, dieselben zu reichen verpflichtet [90]. Eben dieselbe Pflicht legen die Gesetze auch den unehelichen Kindern auf, insofern sie im umgekehrten Falle den Unterhalt von ihren Eltern hätten fordern können [91].

Kommt es jedoch, in Absicht auf die Alimentationspflicht selbst, nicht auf den **Grad** an, so ist dieser wenigstens in Absicht auf die **Ordnung** zu berücksichtigen, so daß die Descendenten des ersten Grades näher verpflichtet sind, als die der entfernteren Grade, gerade so wie bey der Ernährung der Descendenten [92]. Daß aber bey der Ver-

mündigkeit, noch Soldatenstand, so privilegirt sie auch übrigens Beyde sind, die Kinder von der Alimentationspflicht befreye. S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Sect. II. Nr. XX. pag. 83.

90) *Arg. can.* 1. *Dist.* XXX. S. Surdus de Aliment. Tit. I. Quaest. 18. pag. 50. Man vergleiche jedoch wegen des angeführten Textes Berardus ad Gratiani Canones. P. I. Cap. 8. pag. 93. Daß aber auch im umgekehrten Falle der jüdische Vater seinem zur christlichen Kirche übergegangenen Sohne die Alimente nicht versagen dürfe, leidet keinen Zweifel. *L.* 15. *Cod. de haereticis. Cap.* 5. *X. de Judaeis.* S. *Gust. Henr.* Mylii Diss. de patre Judaeo, alimenta, sumtus studiorum et legitimam filio christiano denegante. *Lipsiae* 1740.

91) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* S. Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 15. Not. 11.

92) S. Lembke Dissert. cit. §. 28—30. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 7.

pflegung der Eltern das Verhältniß der väterlichen Gewalt eben so wenig, wie bey Ernährung der Kinder, in Betrachtung kommt, ist ausser Zweifel[93]. Selbst von verbrecherischen Eltern dürfen die Kinder ihre hülfreiche Hand nicht abziehen. *Quamquam enim legum contemtor et impius sit, tamen pater est*[94].

Soweit kann jedoch die Alimentationspflicht der Kinder nicht ausgedehnt werden, daß sie auch die Schulden der Eltern zu bezahlen angehalten werden könnten[95].

Hat ein Kind die Verpflegung seiner Eltern allein übernommen, so kann es von seinen Geschwistern eine verhältnißmäßige Vergütung verlangen[96].

§. 1290. a.

III. Ernährung der Geschwister.

Aeltere[97] und neuere Rechtsgelehrte[98] behaupten, daß auch

93) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

94) *Novell. XII. cap.* 2. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 8. Müller ad Struvium. Exerc. XXX. Th. 78. Not. β.

95) *L.* 5. §. 16. *D. h. t.* Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, *tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium*, rescriptum est.

96) S. Mevius Tom. I. P. II. Decisio 18. und Quistorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. XCVI.

97) Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 8. Surdus de Aliment. Tit. I. Quaest. 25. Colerus de Aliment. Lib. I. Cap. 9. Carpzov P. II. Const. X. Definit. 19. nr. 4. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Part. II. h. t. §. 14. besonders in Dissert. de singulari fratrum iure

III. eheliche Geschwister[99]) einander bedürfenden Falls zu ernähren verbunden wären. Allein die Beweise für diese Meinung sind noch vielen Zweifeln unterworfen, wie schon Ulrich Huber[100]) bemerkte. Die Gesetzstellen, worauf man sich beruft, sind *L.* 73. §. 1. *D. de iure dot. L.* 20. *D. Soluto matrim. L.* 12. §. 3. *L.* 13. §. 2. *D. de administr. tut. L.* 1. §. 2. *D. de tut. et rationib. distrah. L.* 4. *D. Ubi pupillus educari debeat. Nov. LXXXIX. Cap.* 12. §. 6. Daß aber diese Stellen theils gar nicht hierher gehören, theils aber auch bey genauerer Erwägung von keiner Zwangspflicht der Geschwister reden,

§. 20 sqq. Struvius Syntagm. iur. civ. P. II. Exercit. XXX. Th. 78. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 9. Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 15. Not. 15. Pufendorf Observat. iuris univers. Tom. IV. Obs. 166. §. 13. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXV. medit. 2. u. s. m.

98) Hofacker Princip. iur. civ. R. Germ. Tom. I. §. 556. Lemeke Diss. de discrim. obligation. et ab eo pend. ord. alimentor. §. 31. Malblanc Princip. iur. Rom. secund. ord. Dig. P. I. §. 122. Nr. V. pag. 127. Zauner Introd. in ius Digest. P. I. Lib. II. Tit. 14 §. 15. Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Band §. 858. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Th. Nr. XII. Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 242.

99) Einige wollen nicht einmal zwischen legitimen und natürlichen Geschwistern einen Unterschied machen, wie Malblanc a. a. O. Hofacker a. a. O. Zauner c. l. Mühlenbruch c. l. Allein das Gegentheil behauptet Hufeland a. a. O. Not. e. S. 22. Alle berufen sich auf Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 6.

100) Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 8.

ist dagegen von mehreren [1]) gezeigt worden. Die nähere Erörterung dieser Streitfrage bleibt der folgenden Abtheilung vorbehalten.

1) *Jo. Ortw.* Westenberg de portione legitima. Diss. I. Cap. 5. §. 15 — 25. (in Opp. a *Jungio* edit. Tom. I.) und Desselben Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 26. *Frid.* Behmeri novum ius controvers. Tom. II. Obs. 150. pag. 666. sq. Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 23. pag. 116. (edit. noviss. *Jenae* 1810.) Ad. Diet. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 102. und Not. 6 — 9. S. 447. ff. (der 4. Aufl.) Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 105. Not. 2. *Frid.* Popp Disquisit. de imperfecta fratrum sororumque ad se invixem alendos obligatione. *Altorfii* 1780. 4. Müller Observation. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. II. Obs. 581. Kind Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 27. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 642. (der 3. Ausg.) und *G. G.* Henckell Diss. Num et quatenus fratres sororesque se invicem alere debeant. *Halae* 1819. 8.

Berichtigung und Ergänzung.

S. 126. Z. 3. ist statt sui *iuris* vielmehr sui heredis zu lesen.

S. 184. zur Note 66. ist noch hinzuzufügen: *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ad quaestiones ex vario iure Vol. I. Resp. 42. pag. 174. sqq. Es ist daselbst auch noch insonderheit gezeigt worden, in wiefern in Schwängerungssachen die Zurückschiebung des von der Klägerin deferirten Eides Statt finde.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 28,1

Erlangen (1826)

J.rom.c. 137-28,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565428-1
VD18 90225341